

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2018/1



**TÜBİTAK
ULAKBİM**
Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 91
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 69

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Başkan)
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz
Doç. Dr. Tuba Akçura Karaman
Araş. Gör. Dr. Ali Cenk Keskin
Araş. Gör. Burcu Alkış

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli Akal (İstanbul Bilgi Üni.)
Prof. Dr. Baki İlkay Engin (İstanbul Üni.)
Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu (Yakın Doğu Üni.)
Prof. Dr. M. Turgut Öz (Kültür Üni.)
Prof. Dr. Oktay Uygun (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK
Prof. Dr. Mouloud BOUMGHAR
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA
Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU
Prof. Dr. Tekin MEMİŞ
Prof. Dr. A. Emre ÖKTEM
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN
Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN
Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RÉTORNAZ
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK

Doç. Dr. Ebru CEYLAN
Doç. Dr. Mustafa ERKAN
Doç. Dr. Burak HUYSAL
Doç. Dr. Zeynel KANGAL
Doç. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR
Dr. Öğr. Üyesi Oya BOYAR
Dr. Öğr. Üyesi Başak GÜNEŞ
Dr. Öğr. Üyesi Pelin İŞINTAN
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İPEK İŞLETEN
Dr. Öğr. Üyesi Ceren Zeynep PİRİM
Dr. Ersun CİVAN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2018 yılının Haziran ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş. / Veysel Coşkun

Baskı-Cilt : Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza

1. Levent/Beşiktaş/İst. Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No: 20179)

Kapak Tasarımı: Veysel Coşkun

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Özen ÜLGEN	3
Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri	
<i>Different Types of Presidential Decrees in Turkey</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU	41
Güveni Kötüye Kullanma Suçu	
<i>The Crime of Abuse of Trust</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ali Emrah BOZBAYINDIR	87
Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede	
“Gönüllülük” Şartı	
<i>The Voluntariness Requirement of Withdrawal from Attempt in Turkish and in Comparative Criminal Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Anıl ÇAMYAMAÇ	171
Yapay Adalar Üzerine Hayaller: Açık Denizlerde Yeni Devlet Projeleri	
<i>Dreams over Artificial Islands: Projects of New States on the High Seas</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ali Kerem KAYHAN	221
Uluslararası Hukukta İnsanlığın Ortak Kaygısı Kavramı	
<i>The Concept of Common Concern of Humankind in International Law</i>	
Arş. Gör. Atagün Mert KEJANLIOĞLU	247
Le fondement constitutionnel d’une démocratie locale participative en France : l’article 72-1 de la Constitution du 4 octobre 1958	
<i>Constitutional Foundations of a Participative Local Democracy in France: Article 72-1 of the Constitution of 4 October 1958</i>	
Fransa’da Katılımcı Bir Yerel Demokrasinin Anayasal Temeli: 4 Ekim 1958 Anayasasının 72-1. Maddesi	

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN.....285

Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları

Edimlerin İadesi

Restitution in Failed Contracts

Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU.....335

Perakendecilik Hizmeti Sınıfı (35.05. Sınıf) ile Ürün Sınıfı Arasındaki

İlişkilerin Marka Hukukundaki Etkisi

The Effect of the Relationship Between Retail Services Class (Class 35.05) and Product Class on Trademark Law

Dr. Öğr. Üyesi Başak BAŞOĞLU.....387

Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna

Bağlanabilecek Sonuçlar

The Concept of Undue Influence Under Law of Succession and Its Possible Consequences

Dr. Berk DEMİRKOL421

Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu

Working in Turkey for Foreigners and the Act on International Labour

Arş. Gör. Doğan KARA483

İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde

Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı

Direct and Indirect Damage Separation in the Swiss-Turkish Legal System on the Basis of Warranty of Quality and Fitness

Arş. Gör. Hazal TOLU.....531

Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan

Rücu Davalarında Müteselsil Borçluluk

Joint Liability at the Recourse Actions of Social Security Institution Arising from Occupational Accident and Disease under the Judgments of the Court of Cassation

Elif YÜKSEL.....571

Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında Saf Ekonomik Zararların Tazmini

Indemnification of Pure Economic Loss Within the Scope of Tort Liability

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar, ***hukukfd@gsu.edu.tr*** e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (*abstract*), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.
5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.
6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca en az iki hakemin incelemesine

sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.
8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

A- Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11. Kaynakçada gösterim:

Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlendirme yapılabilir.

- a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16.bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör),, ..

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu”, **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir.

Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POST-PN-470.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harflerle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkinden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını “ve diğ./et al.”

ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçada-ki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

- b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

- 13.** Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **15 Mayıs**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **15 Kasım**'dır. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

KAMU HUKUKU

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri

Doç. Dr. Özen ÜLGEN*

Öz: 2018’de yürürlüğe girecek Anayasa değişikliği, yürütmenin düzenleyici işlemleri konusunda önemli değişiklikler içermektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kapsamı ve sınırları üzerinde en çok tartışılan konulardan biridir. Bilindiği gibi, kararname yürütmenin bireysel ve düzenleyici işlemlerinin genel adıdır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının bireysel işlemlerinin de genel düzenleyici nitelikteki işlemlerinin de adı kararnamedir. Öncelikle, Anayasa’da düzenlendiği şekliyle, asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Cumhurbaşkanının bireysel işlemlerinden ve türev nitelikteki düzenleyici işlemlerinden farkı ortaya konmuştur. Ardından, Cumhurbaşkanının asli yetki kullanacağı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin türleri belirlenmiştir. Dört maddede Cumhurbaşkanının mahfuz düzenleme yetkisi olduğu ileri sürülmüştür. Ancak, bu yetki istisna olduğu için dar yorumlanmalıdır. Diğer Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sınırları konusunda da özellikle “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ifadesi üzerinde durulmuştur. Bu çalışmada, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin hükümlerin, henüz uygulanmadan, tarihsel, sözel, sistematik ve teleolojik yorum yöntemleri kullanılarak değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kararnameler, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanının işlemleri, yürütme yetkisinin sınırları.

Different Types of Presidential Decrees in Turkey

Abstract: The constitutional amendment, which will come into force in 2018, contains significant changes on the legislative power of the President. As it is known, the decree is the general name of the individual acts and regulations of the executive.

* Makale gönderim tarihi: 10.05.2018. Makale kabul tarihi: 22.06.2018.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0001-6246-9128; ozen.ulgen@gmail.com)

So, all the acts of the President are called “decree”. First, the differences between the acts of President are examined (individual acts, *secundum legem* regulations and decrees prescribed by constitution). Then the types of presidential decrees prescribed by constitution are classified. The first type replaces emergency decrees and the second type replaces decrees having the force of law, aside some differences. And, as for the third type, it is argued that the President received an exclusive authority on certain matters (art:104/9, 106/11, 108/4, 118/6). However, this authority is an exception and must be interpreted restrictively. This study aims to analyze the provisions of the Constitution concerning presidential decrees by using different methods of interpretation.

Keywords: Presidential decree, decrees, President, acts of the President, limits of executive acts.

24 Haziran 2018’de birlikte yapılacak Cumhurbaşkanı ve milletvekili seçiminin ardından, seçilecek Cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla yürürlüğe girecek yeni anayasal düzende yürütmenin düzenleyici işlemleri konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır.¹ Yeni sistemde Bakanlar Kurulunun kaldırılmasının doğal sonucu olarak, Anayasa’nın ilk halinde Bakanlar Kurulu tarafından yapılması öngörülen kanun hükmünde kararname ve tüzük düzenlemeleri Anayasa’dan çıkarılmıştır. Anayasa’nın ilk halinde son derece sınırlı bir biçimde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ise, düzenleme alanının oldukça genişlediği görülmektedir.

Kararname yürütmenin bireysel ya da genel düzenleyici nitelikteki işlemlerine genel olarak verilen addır.² Bunlar arasında bazı kararnameler, diğerle-

¹ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (**RG.11.02.2017-29976**) 16 Nisan 2017’de halk oylamasına sunulmuş ve resmî sonuçlara göre %51,41 oyla kabul edilmiştir. Halkoylaması sonuçları için bkz. **RG.27.04.2017-30050 mükerrer**. Söz konusu değişikliğin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümleri, 24 Haziran 2018’te yapılacak seçimlerden sonra Cumhurbaşkanının seçilip göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

² Yürütme organını oluşturan Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yapılan kararname çeşitleri hakkında detaylı bilgi için bkz. TEKBAŞ Abdullah, “Türk Hukukunda Bakanlar Kurulu Kararları”, **Türk İdare Dergisi**, Aralık 2002, ss.39-43. ONAR, 1939 yılında yazdığı makalede, o gün Türk hukukunda iki çeşit kararname olduğunu ifade etmektedir. Bunlardan biri reisicumhur (cumhurbaşkanı) kararnamesi diğeri Bakanlar Kurulunun kanuna dayanarak çıkardığı kararnamelerdir. Reisicumhur (cumhurbaşkanı) kararnameleri organik bakımından idari tasarruf olarak nitelendirilmiş, maddi bakımdan ise ikiye ayrılmıştır: Bir kısmı tanzimi tasarruf (genel düzenleyici işlem), bir kısmı ise sübjektif (özel işlem) veya şart (koşul işlem) tasarruftur. ONAR Sıddık Sami, “Amme hukukunda hukukî tasarruflar ve kazaî mürakabe”, **Cemil Birsle’e Armağan**, İÜHFY, İstanbul, 1939, ss.319-320.

rinden farklı nitelikleri nedeniyle özel olarak sınıflandırılmıştır. Örneğin, kanun hükmünde kararnameler ya da objektif (kaide) kararnameler Anayasa’da özel olarak düzenlenen genel düzenleyici nitelikte kararnamelerdir.³ Bireysel nitelikte işlemler bakımından da atama kararnameleri, üçlü kararname/müşterek kararname gibi adlandırmalar kullanılmıştır. Bu işlemlerin tümünün adı “kararname” olmakla birlikte, farklı hukuki rejimleri olduğu açıktır.

2018 yılına kadar, parlamenter hükümet sistemi benimsenmiş ve kural olarak Cumhurbaşkanının işlemleri karşı imza kuralına tabi kılınmıştı. Bu temel kurala istisna niteliğinde Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler de öngörülmüştü. Bu işlemlere Bakanlar Kurulu kararnamesi ya da müşterek kararnamelerden farklı olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı verilmesi, işlemin tek başına Cumhurbaşkanı tarafından yapılmasıyla açıklanıyordu.⁴ Yeni sistemde Bakanlar Kurulunun kaldırılmış olması ve yürütmenin tek başlı hale gelmesi kararname adı altında yapılan farklı tür işlemlerin, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri adı altında yapılmasına yol açacaktır. Dolayısıyla öncelikle Cumhurbaşkanının/Cumhurbaşkanlığının farklı tür kararnamelerinin hukuki rejiminin ayrılması gerekir.

Bu ayrımın yapılmasının ardından, Anayasa değişikliği sonrası yeni bir düzenleme alanı olan ve denetimi Anayasa Mahkemesine bırakılan asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin türleri belirlenebilir. Anayasa’nın 104, 106, 108, 118, 119 ve 123. maddelerinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri tek bir hukuki rejime tabi değildir. Olağan dönem - olağanüstü dönem farkının yanı sıra, bazı hükümlerin genel yetkiden farklı olarak yürütmeye mahfuz bir düzenleme yetkisi verdiği görülmektedir. Asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki bu farklar, kararnamelerin Anayasal sınırlarıyla birlikte değerlendirilecektir.

Konunun tüm yönleriyle tüketilmesi olanaklı değildir. Bunun en önemli nedeni, Anayasa değişikliğinin yapım sürecindeki özensizliktir. Temel metin

³ Kanun hükmünde kararname adlandırması Anayasa tarafından yapılmış olmakla birlikte, objektif (kaide) kararname adlandırması öğreti tarafından yapılan bir nitelemedir. Bu nedenle, objektif/kaide kararnameler konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Burada, Anayasa’nın 74. ve 167. maddelerinde Bakanlar Kurulu’na verilen ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin Anayasal istisnası olan yetkilerin kullanım biçimi olarak kabul edilmiştir.

⁴ SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11. Bası, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997, s.220.

iki siyasi parti arasında gizli bir şekilde oluşturulmuş, süreç olağanüstü hâl koşullarında son derece hızlı bir şekilde tamamlanmıştır. Türkiye'nin anayasal birikimini bir kenara bırakarak yeni bir hükümet sistemi oluşturulması, buna bağlı olarak Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu gibi önemli kurumların kaldırılması, hukuk düzeninin temel normlarının ve bunların kademelenmesinin değiştirilmesi söz konusudur. Bu kapsamda bir değişiklik yapılırken, Anayasa'nın tüm maddelerinin gözetime, bunlar arasındaki uyum/uyumsuzluk sorunlarının giderilmesi, terim birliği sağlanması ve her değişikliğin mevcut hükümler karşısındaki anlamının da madde gerekçelerine yansıtılması gerekirdi. Ancak, bu şekilde bütüncül bir çalışma yapılmamış, ortaya her açıdan tartışmaya yol açacak bir metin çıkmıştır. Bu çalışmada, ortaya çıkan bu metnin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümlerinin henüz uygulanmadan yorumlanması ve bu kararnamelerin niteliği ile türlerinin belirlenmesi amaçlanmıştır.

I- YÜRÜTMENİN ASLİ NİTELİKTEKİ İŞLEMİ OLARAK CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Anayasa'nın 8. maddesine göre, yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacak ve yerine getirilecektir. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanının, çeşitli ad ve nitelikte genel düzenleyici işlemleri yanında çeşitli ad ve nitelikte bireysel idari işlemleri olacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin teknik olarak Anayasa'dan doğrudan alınan yetkiye dayanılarak yapılacak işlem türünün adı olduğu görülmektedir. İşlemin anayasal sınırlarının belirlenme biçimi de bu görüşü desteklemektedir.

Öte yandan, Cumhurbaşkanının bireysel ya da genel düzenleyici nitelikteki işlemlerine genel olarak kararname adı verilmektedir. Yeni anayasal düzende tüm bu işlemler ve benzerleri tek başlı yürütmeyi oluşturan Cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla, Anayasa'da asli düzenleme yetkisi kapsamında olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bireysel işlem niteliğindeki kararnameler ve türevsel nitelikteki kararnamelerin birbirinden ayrılması gerekir. Zira Anayasa'nın öngördüğü özel Cumhurbaşkanlığı kararnamesi rejiminden farklı olarak, Cumhurbaşkanlığının diğer işlemleri, yürütme/idare işlemlerinin yargı kolu olan idari yargı tarafından denetlenmelidir.

Bu görüş, Anayasa'nın sistematik ve teleolojik yorumunun sonucudur. Bu açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesinin yasa ve eşdeğer işlemlerin denetim organı olduğu, yasaya eşdeğer olmayan yürütme işlemlerinin ise idari yargının denetim alanında kaldığı görülmektedir. Bu doğrultuda, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmünde olduğu için Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmalıdır. Ancak, Anayasa bu denetimi açıkça yasaklamaktadır. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanun hükmünde olmamakla birlikte, asli yetki kullanımı olmaları açısından kanuna eşdeğer işlem niteliğinde kabul edilebilir. *Özbudun*'un da belirttiği gibi, “*bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli yani ilk elden ya da doğrudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir işlemin de (...) kanun niteliğinde sayılması gerekir.*”⁵ Anayasa'da özel olarak düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bu tanıma uymakta ve bu doğrultuda bu işlemlerin denetimi yasa ve eşdeğer işlemlerin norm denetimini yapmakla görevli Anayasa Mahkemesine verilmektedir. Bireysel idari nitelikteki işlemler ile diğer düzenleyici işlemler ise türev yetki kullanımı olarak bu yapıdan ayrılmaktadır.

a) Cumhurbaşkanlığının Bireysel İdari Nitelikteki İşlemlerinden Farkı

Anayasa'nın çeşitli hükümleri, Cumhurbaşkanının bireysel idari nitelikteki işlemlerle gerçekleştireceği yetkilere yer vermektedir (Tablo 1).⁶ Bu hükümlerin hiçbirinde işlemin niteliği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak belirtilmemiştir. Anayasa hükümlerinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ifadesi sadece genel düzenleyici nitelikte işlemler bakımından kullanılmıştır. Her hükümde, bir konunun “düzenlenmesi” söz konusudur.⁷

⁵ ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.213.

⁶ Cumhurbaşkanının, parlamentonun feshi (seçimlerin yenilenmesi kararı), kanunları yayımlama, tekrar görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderme, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma gibi salt idari nitelikte olmayan kararları ve bunların denetimi ayrı bir inceleme konusudur. Bu nedenle, burada salt idari nitelikteki kararlar ile sınırlı bir inceleme yapılmıştır.

⁷ Bireysel idari işlem niteliğindeki kararnamelerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden farkı ve bunların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak adlandırılmasının gerekçeleri üzerine ayrıca bkz. ÜLGİN/ŞİRİN, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Güncel Hukuk**, S.170, Mart-Nisan 2018, ss.30-32.

Tablo 1: Anayasa Hükümlerinde Cumhurbaşkanının İdari Nitelikteki Bireysel İşlemleri

m.104/8: Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları atar ve görevlerine son verir .
m.104/9: Üst kademe yöneticilerini atar ve görevlerine son verir ...
m.104/16: Sürekli hastalık, sakatlık, kocama sebebiyle kişilerin ceza-larını hafifletir veya kaldırır .
m.104/son: Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seç-me ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve kullanır.
m.108/3: Devlet Denetleme Kurulunun Başkan ve üyeleri Cumhurbaşkanınca atanır .
m.117/son: Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı...
m.127/son: Mahallî idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi ama-cı ile, kendi aralarında Cumhurbaşkanının izni ile birlik kurmaları
m.130/6: Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhur-başkanınca, (...) seçilir ve atanır .
m.131/2: Yükseköğretim Kurulu, (...) Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur.
m.146/3: (Anayasa Mahkemesi) Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca (...) arasından seçer .
m.154/4: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği be-şer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilirler .
m.155/3: Danıştay üyelerinin (...) dörtte biri, nitelikleri kanunda belirti-len görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir .
m.159/3: Kurulun, üç üyesi (...) adlî yargı hâkim ve savcıları arasından, bir üyesi (...) idarî yargı hâkim ve savcıları arasından Cumhurbaşkanınca (...) seçilir .

Hiç şüphesiz, Cumhurbaşkanının atama/seçme ya da diğer bireysel iş-lemeleri Anayasa'da sayılanlarla sınırlı değildir. Cumhurbaşkanına kanun-larla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de bu tür yetkiler verilebilir. Aslında, bu yetkilerin bir kısmı, değişiklik öncesinde de Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler kapsamındaydı. Ancak, Anayasa'nın 125. madde-sinin ikinci fıkrasında yer alan yargı denetimi yasağı nedeniyle, söz konusu işlemlerin denetim yeri düzenlenmemiştir.

Bireysel nitelikteki bu işlemler Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılacak ve kararname olarak adlandırılacaktır. Zira yürütmenin işlemleri bakımından karar/kararname terimleri birbirlerinin yerine geçecek biçimde kullanılmaktadır.⁸ Nitekim Resmî Gazetede bu işlemler “atama kararı”, “seçme kararı”, “cezanın kaldırılması kararı” başlığı ile Cumhurbaşkanlığı tarafından yayımlanmıştır.⁹

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ise, yürütmenin (Cumhurbaşkanının) kuruma özgü genel düzenleyici nitelikte işleminin adı olarak hukuk sistemi-mizde yer almıştır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının bireysel nitelikte işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararı veya kararnamesi olarak adlandırılarak, Cumhurbaşkanının genel düzenleyici işlemlerinden ayrılması yararlı olacaktır. Nitekim 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 10.maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle atanacağını açıkça belirtmektedir.¹⁰ Bu ayrım korunarak, bireysel işlem ile genel düzenleyici işlem farkı daha açık hale getirilebilir.¹¹

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere yönelik denetim yasağı kaldırıldığına göre artık bu işlemler yargı denetimine açılmıştır. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanının konumu dikkate alınarak, hangi işlemlerin Danış-

⁸ Aslında yürütmenin sadece atama işlemleri bakımından değil, bütün işlemleri bakımından karar/kararname ifadeleri birbirinin yerine geçecek biçimde kullanılmıştır. Örneğin, 1 sayılı 18.08.1983 tarihli Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Resmî Gazetede “Cumhurbaşkanlığı kararı” başlığıyla yayımlanmıştır. **RG.20.08.1983**. Bakanlar Kurulu bakımından karar ve kararnamenin birbirinin yerine geçecek biçimde kullanımı hakkında bkz. **TEKBAŞ**, 2002, ss.39-40.

⁹ Atama kararı örneği: **RG.20.05.2017-30071**; Seçme kararı örneği: **RG.21.07.2017-30130**; Cezanın kaldırılması kararı örneği: **RG.07.12.2017-30263**.

¹⁰ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kabul Tarihi: 18.08.1983, **RG.20.08.1983-18141**.

¹¹ Aslında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında bugüne kadar bilinçli teknik bir ayrım yapıldığını ileri sürmek mümkün değildir. Reiscumhur kararnameleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesine karşılık gelmekte ve hem bireysel hem de genel düzenleyici işlemleri ifade etmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak kuruma özgülemenin Anayasa hükmü haline geldiği 1982 Anayasası’nın 107.maddesinin gerekçesine bakıldığında, yine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin birbirinin yerine kullanıldığı görülür: “Böylece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş, teşkilat ve çalışma esasları ile personel işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi imkânı getirilmiştir.” **AKAD/DİNÇKOL**, 1982 **Anayasası**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998, s.435. Ancak, önümüzdeki dönemde, farklı işlem türlerinin birbirinden ayrılmasını kolaylaştırmak bakımından bu yönde bir ayrım yapılması uygun olacaktır.

tay tarafından denetleneceğinin kanunla belirlenmesi uygun gözükmektedir. Aksi takdirde, olağan yargı yeri idare mahkemeleri olacaktır.

b) Cumhurbaşkanlığının Türev Nitelikteki Düzenleyici İşlemlerinden Farkı

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Cumhurbaşkanlığının genel düzenleyici işlemidir. Ancak, Anayasa’da Cumhurbaşkanının bütün genel düzenleyici işlemlerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı verilmemiştir. Anayasa’nın çeşitli maddelerinde, Cumhurbaşkanı tarafından yapılması öngörülen başka genel düzenleyici işlem biçimleri bulunmaktadır. Bunların niteliğinin ve birbirlerinden farkının belirlenmesi gerekir. Nitekim Fransa’da, her iki işlem de kararname biçiminde yapılmakla birlikte, yürütmenin Anayasa’dan doğrudan aldığı yetkiye dayanarak yaptığı özerk düzenleyici işlemleri ile kanuna dayanarak yaptığı türev nitelikteki işlemleri arasında bir ayrım yapılmaktadır.¹²

Cumhurbaşkanlığınca yapılabilecek genel düzenleyici işlem türlerinden biri yönetmeliktir. Anayasa’nın 104. maddesinin 18. ve 19. fıkralarına göre, “Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilir. (...) ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer.” Anayasa’nın 124. maddesinde de bu yetki yeniden belirtilmiştir. Buna göre, “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelik çıkarabilirler.” Diğer kurumlar tarafından çıkarılacak yönetmeliklerin hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtileceği halde, Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılacak yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanması zorunlu tutulmuştur. Bunun dışında, bu işlemlerin türev niteliği bakımından aralarında bir fark yoktur.

Anayasa Cumhurbaşkanlığının türev yetki kullanacağı bir başka genel düzenleyici işlem biçimi de öngörmüştür. Anayasa’nın 73. maddesinin son fıkrasında “Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, is-

¹² Her ikisi de kararname biçiminde yapılmakla birlikte, biri özerk yönetmelik, diğeri uygulama yönetmeliği olarak sınıflandırılmıştır. Kural olarak, her iki yetki de Başbakan tarafından kullanılır. Bkz. GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C.II, Ekin, Bursa, 2011, ss.371-374.

tisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.” hükmü yer almaktadır. Benzer şekilde, Anayasa’nın 167/2. maddesine göre, *“Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerinde vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.”* Bilindiği gibi, her iki konuda da düzenleme yetkisi, 1982 Anayasası’nın ilk halinde Bakanlar Kuruluna verilmişti. Bakanlar Kuruluna yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek genişlikte bir yetki devri söz konusuydu. Bu anlamda, söz konusu yetkiler yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin anayasal istisnaları arasında yer almaktaydı. Bununla birlikte, her iki yetkinin kullanılması, kanun koyucunun yetkilendirme işlemi yapmasına bağlıydı. Bu nedenle, bunlar da yürütmenin türev nitelikte işlemleri arasındadır. Öğreti, diğer türev nitelikteki yürütme işlemlerinden farkı ortaya koymak için bu kapsamdaki işlemleri “objektif/kaide kararname” olarak adlandırmıştır. Yeni düzende Bakanlar Kurulu olmadığı için, yetki Cumhurbaşkanına verilmiş olmakla birlikte, işlemin türevsel niteliğinde bir değişiklik yapılmamıştır. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi bakımından işlemin özel niteliği de devam etmektedir. Dolayısıyla, diğer türevsel nitelikteki işlemlerden ayırmak bakımından, bu anayasal yetki devri olanağı Cumhurbaşkanlığının “objektif/kaide kararname” olarak adlandırılabilir.

Bu adlandırma sadece yasama yetkisinin devri bakımından anayasal farkı ortaya koymaya yöneliktir. Yoksa, türevsel niteliği ile bu kararname-ler de Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğine eşdeğerdir. Nitekim, hatırlanacağı gibi, Anayasa Mahkemesi 1969 yılında verdiği kararda, o dönem Bakanlar Kurulu tarafından yapılan bu tür kararnamelerin, hukukça Bakanlar Kurulu yönetmeliği sayılabileceğini belirtmiştir.¹³ Bilindiği gibi, işlemleri denetle-

¹³ E.1967/41, K.1969/57, Kt.23,24 ve 25.10.1969, **RG.12.03.1971-13776**. Benzer şekilde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Kanununa ilişkin teklifin 5.maddesinde çıkarılması öngörülen yönetmeliğin Cumhurbaşkanı kararnamesi halinde yayımlanması öngörülmüştür. 2879 sayılı Kanun, Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, S. Sayısı.637, s.7 (www.tbmm.gov.tr). 1982 Anayasası’nın ilk halinde Cumhurbaşkanına yönetmelik yapma yetkisi verilmediği dikkate alınarak bu madde yasalaşmamıştır. Uygulamada Cumhurbaşkanlığından (**RG.13.10.2009-27375**, **RG.20.02.1995-22177**, **RG.29.09.1994-22066**) veya Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinden (**RG.17.10.2015-29505**; **RG.03.11.1984-18564**) yayımlanan yönetmelikler olduğu görülmektedir.

mekle görevli yargı mercilerinin işlemin adıyla bağlı olmaması, nitelemenin işlemin özelliklerine göre yargı mercilerince yapılması yerleşmiş bir içtihat-tır.¹⁴

Hiç şüphesiz, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle Cumhurbaşkanlığına yönetmelik benzeri adsız düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilmesi mümkündür.¹⁵ Cumhurbaşkanlığının tüm bu işlemleri, Anayasa’da özel olarak düzenlendiği biçimiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden farklı olarak türev niteliktedir. Kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olmaksızın bu işlemler yapılamaz. Bu işlemler de Cumhurbaşkanı tarafından yapılacaktır. Ancak, asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden farklı olarak, bu işlemler idari yargı denetimine tabi olacaktır.

Cumhurbaşkanlığının türev nitelikteki işlemlerinin niteliği konusuna ilişkin biri anayasal, diğeri yasal iki hususa da açıklık getirmek uygun olacaktır. Birincisi, Anayasa’nın 161/7. maddesinde yer alan “Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.” ifadesidir. İkincisi ise, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle Cumhurbaşkanlığına, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” düzenleme yapma yetkisi verilmesinin hukuki anlamıdır.

Anayasa’nın 161/7.maddesindeki ifade, ilk bakışta kanunlarda “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” düzenlenebilecek konular olabileceği, ancak bu maddenin Bütçe Kanunları bakımından bir yasak getirdiği biçiminde yorumlanabilir. Oysa söz konusu ifade Bakanlar Kurulu kararı yerine, yeni sistemde Bakanlar Kurulu olmamasının doğal bir sonucu olarak yer almıştır. Anayasa Mahkemesinin yukarıda atıf yapılan kararında da belirtildiği

¹⁴ Örnek olarak: E.2016/166, K.2016/159, Kt.12.10.2016, **RG.04.11.2016-29878**, §19: “Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya işlemin tesis eden organ ve başvuru usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre niteleme yapılabilir.”

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, tüzük ve yönetmelik dışındaki diğer düzenleyici işlemlerin hukuki varlığını kabul etmektedir. Mahkemeye göre, “Uygulamada yürütme organı ve idare, tüzük ve yönetmelik dışında kararname, talimat, yönerge, genelge, sirküler, karar, tebliğ gibi değişik adlar altında idari düzenlemeler yapmaktadır. Tüzük ve yönetmeliklerin biçimsel özellikleri saklı kalmak koşuluyla bütün idari düzenlemelerin anayasal ve hukuksal temelleri aynıdır.” E.1996/5, K.1996/26, Kt.26.06.1996, **RG.30.06.2001-24448**. Dolayısıyla, yeni dönemde, Cumhurbaşkanının yönetmelik benzeri işlemler yapması Anayasa’ya aykırı görülmecektir.

gibi, "...kararnameler, hukukça Bakanlar Kurulu yönetmeliği sayılabilir."¹⁶ Başka bir ifadeyle, söz konusu işlem, mümkün olsaydı, kanunun verdiği yetkiyle gerçekleşecek türev bir işlem olacaktı. Zira Anayasa ile yasaklanan, kanun ile Cumhurbaşkanına yetki verilmesidir. Zaten yapılması mümkün olmayan, yasaklanmış olan Cumhurbaşkanlığının herhangi bir işlemiyle bütçe kanununun harcanabilecek tutarının aşılabilmesidir. Buradaki "kararname" ifadesinin, genel olarak Cumhurbaşkanlığının işlemi olarak anlaşılması gerekir.

Kararnamenin, genel anlamda Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan işlemleri ifade etmesi, burada bir terim sorununa dönüşebilir. Ancak, daha önce belirtildiği gibi, yargı organları yapılan işlemin adıyla bağlı değildir. İşlemin nitelendirmesini kendileri yapacaktır. Dolayısıyla, adı karar/kararname olsa da kanunların ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Cumhurbaşkanıya verdiği düzenleme yetkisi, hukuki olarak Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğine eşdeğer olarak nitelendirilecektir.

1982 Anayasası'nın ilk halinde verilen bir Anayasa Mahkemesi kararı da bu değerlendirmeyi desteklemektedir. Karara konu düzenleme, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun "örtülü ödenek" başlıklı 24/son maddesinde, Cumhurbaşkanına verilen örtülü ödeneğe ilişkin bazı hususları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirleme ve uygulama yetkisidir.¹⁷ İptal davası için hazırlanan başvuru dilekçesinde ileri sürülmediği halde, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 107.maddesi bakımından da inceleme yapmıştır. Anayasa'nın 107. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin hükmü, Cumhurbaşkanının asli düzenleme yetkisi olarak değerlendiren Mahkeme, bu hükmün kanunla Cumhurbaşkanına düzenleme yetkisi verilemeyeceği anlamına gel-

¹⁶ E.1967/41, K.1969/57, Kt.23,24 ve 25.10.1969, **RG.12.03.1971-13776**.

¹⁷ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 27.3.2015 tarih ve 6639 sayılı Kanunun 39. maddesiyle değişik 24/son maddesi: "Cumhurbaşkanlığı bütçesindeki ödenekler bakımından ikinci ve üçüncü fıkralar kapsamında yer alan hususlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenir ve uygulanır." m.24/2 ve 3: "Başbakanlık ve diğer ilgili idare bütçelerinde yer alan örtülü ödeneklerin kullanılma yeri, giderin kim tarafından yapılacağı, hesapların tutulma ve kapatılma yöntemi, gideri yapanın değişmesi halinde yeni yetkiliye hangi belgelerin aktarılacağı Başbakan tarafından belirlenir. Örtülü ödeneklere ilişkin giderler Başbakan, Maliye Bakanı ve ilgili Bakan tarafından imzalanan kararname esaslarına göre gerçekleştirilir ve ödenir." **RG.15.04.2015-29327**.

mediğini belirtmiştir. Ancak, kanunla verilen yetki çerçevesinde yapılacak işlem “Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan kararname” olarak nitelendirilmiştir.¹⁸ Gerçekten, örtülü ödeneklerle ilişkin giderlerin, Başbakan, Maliye Bakanı ve ilgili Bakan tarafından imzalanan kararnameyle belirlenmesine karşılık, Cumhurbaşkanlığı bütçesi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ifadesi kullanılmıştır. Ancak, burada, Anayasa Mahkemesinin de vurguladığı gibi, Cumhurbaşkanı tarafından imzalanacak türev yetki niteliğinde bir kararname söz konusudur. Daha önce de belirtildiği gibi, yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı tarafından imzalanan her kararnamenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Zira kurallar kademelenmesinde aynı sırada yer alması mümkün olmayan işlemler söz konusudur.

Sonuç olarak, bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle Cumhurbaşkanlığına verilen düzenleme yetkisi türev niteliktedir ve Anayasal olarak yönetmelik eşdeğeri işlem olabilir. Bu tür işlemlerin adı ne olursa olsun nitelendirilmesi yargı organı tarafından yapılarak, denetimi idari yargıya bırakılmalıdır. Zira, kanuna eşdeğer değil, kanunun ve asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiyerarşik olarak altında yer alan düzenlemeler söz konusudur.

II- ASLİ NİTELİKTEKİ CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN TÜRLERİ

Cumhurbaşkanlığının bireysel nitelikteki işlemleri ile türev nitelikteki işlemlerinin dışında, doğrudan Anayasa’dan aldığı yetki ile yapacağı genel düzenleyici nitelikteki işlemler Anayasa’da “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” olarak adlandırılmaktadır. Hiç şüphesiz “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” de Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılan kararnamelerdir. Ancak, yukarıda açıkladığımız hukuki farklar nedeniyle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi teknik olarak Cumhurbaşkanının asli yetki kullandığı genel düzenleyici işlemlere verilen ad olarak kabul edilmelidir. Bu işlemlerin ortak özelliği, ayrıca bir yetkilendirmeye ihtiyaç olmaksızın, Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasa’dan aldığı yetkiye dayanmasıdır. Buna paralel olarak, bu işlemlerin yargısal denetimi için Anayasa Mahkemesi uygun görülmüştür. Ancak, olağanüstü hâlde, olağanüstü hâlin gerektirdiği konuda çıkarılan

¹⁸ E.2015/42, K.2017/8, Kt.18.01.2017, **RG.02.03.2017-29995**, §29.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından hukuk devleti ilkesine aykırı açık bir yasak söz konusudur.

Asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri önce olağan dönem / olağanüstü hâl dönemi olarak ayrılıp, daha sonra olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de kendi içinde gruplandırılabilir. Ancak, burada Anayasa hükümlerinin doğrudan yorumlanması yoluyla sonuca ulaşılması hedeflendiğinden genel hükümler ile özel hükümlerin ayrı ayrı ele alınması tercih edilmiştir. Aşağıda farkları netleştirmek için iki tablo halinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin anayasal hükümler yer almaktadır. (Tablo 2 ve 3)

Tablo 2: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) / Genel Hükümler

OLAĞAN DÖNEMDE CBK	OLAĞANÜSTÜ HALDE CBK
Anayasa m.104/17	Anayasa m.119/6 ve 7
Cumhurbaşkanı,	Cumhurbaşkanı,
Yürütme yetkisine ilişkin konularda <u>çıkabilir</u> .	Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda <u>çıkabilir</u> .
Anayasa 2.kısım 1,2 ve 4. Bölüm düzenlenemez.	Bu sınırlamaya tabi değildir.
<ul style="list-style-type: none"> Anayasa’da <u>münhasıran</u> kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. CBK ile kanunda farklı hüküm bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda CBK <u>hükümsüz hale gelir</u>. 	<ul style="list-style-type: none"> Kanun hükmündedir. Resmî Gazetede yayımlandığı gün Meclisin onayına sunulur. Üç ay içinde görüşülüp karara bağlanmazsa <u>kendiliğinden yürürlükten kalkar</u>.
Anayasa Mahkemesi denetimine tabidir.	Anayasa Mahkemesi denetimine tabi değildir.

Tablo 3: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) / Özel Hükümler

Mahfuz Yetki Alanı	Yasama/Yürütme Alternatif Alan
<ul style="list-style-type: none"> • m.104/9: Üst kademe yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler. • m.106/11: Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. • m.108/son: Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. • m.118/son: Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir. 	<ul style="list-style-type: none"> • m.123/son: Kamu tüzelkişiliği kanunla <u>veya</u> Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.

Anayasa'nın 104/17. maddesindeki genel yetki ve bu yetkinin Anayasal sınırlarına geçmeden önce, Anayasa'da özel olarak düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bu genel yetkiden farklı özelliklerinin ortaya konulması gerekir.

a) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Özel Hükümler

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin özel hükümlerden biri Anayasa'nın 123. maddesinde verilen kamu tüzelkişiliği kurma yetkisidir. Bu konuda kanunla düzenleme yetkisi de devam ettiği için, yasama ve yürütme arasında alternatif bir yetki olarak düzenlendiği kabul edilebilir. Bu yetki ne yasama ne de yürütme için mahfuz bir düzenleme alanı oluşturmaktadır. Bu yönüyle hem genel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden hem de özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini düzenleyen diğer hükümlerden ayrılmaktadır.

Anayasanın 123.maddesinde kanuna alternatif olarak verilen bu yetki, Anayasa'nın diğer hükümleriyle birlikte değerlendirilmelidir. Her ne kadar bu hüküm, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından özel hüküm niteliğinde ise de Anayasa'nın başka maddelerine göre genel hüküm niteliği taşıyabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa'nın açıkça kanunla kurulmasını öngördüğü kamu tüzelkişilerinin bu hükme dayanılarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulması mümkün değildir. Örneğin, Anayasa'nın 130. maddesine göre kamu tüzelkişiliğine sahip üniversiteler kanunla kurulur. Yine Anayasa'nın 135.maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının kanunla kurulan kamu tüzelkişilikleri olduğu açıkça belirtilmiştir. Anayasa'nın 127.maddesinde kamu tüzelkişisi olduğu belirtilen mahalli idareler bakımından da kuruluş esaslarının kanunla belirtilmesi şartı konulmuştur. Açıkça görüldüğü gibi, 123.maddede Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabileceği öngörülen kamu tüzelkişiliği, Anayasa'nın kanunla kurulmasını belirlediği kamu tüzelkişileri bakımından geçerli değildir. Zira bu düzenlemeler 123.maddeye göre özel hüküm niteliğindedir.

Anayasa'nın 104/17.maddesinde, yürütmeye ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği halde, Anayasa'nın 104/9, 106/11, 108/son ve 118/son maddelerinde, ayrıca belirli hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu dört madde de yer alan yetkinin, 104/17.maddedeki genel düzenlemeden bir farkı olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Aşağıda belirtilen gerekçelerle bu maddede belirtilen yetkilerin, Cumhurbaşkanının mahfuz düzenleme yetkisi kapsamında kabul edilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, burada sayılan yetkilerin kanunla düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı olacaktır. Ancak bu mahfuz düzenleme yetkisinin sınırlılığı nedeniyle, yürütmenin tam anlamıyla Fransa'da olduğu gibi özerk bir düzenleme alanı olduğunu ileri sürmek uygun olmayacaktır. Zira Cumhurbaşkanına verilen yetkiler her bir konu bakımından tek tek sayılmış ve aynı konu içinde sayılmayan yetkilerin düzenlenmesi yasama organına bırakılmıştır. Bu yetkilerin Cumhurbaşkanının mahfuz alanında olmasına yönelik görüşün gerekçeleri belirtildikten sonra, bu mahfuz yetkinin yasama ve yürütmenin düzenleyici işlemleri bakımından hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

i) Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisindeki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

1924 ve 1961 Anayasası dönemlerinde, yürütmenin mahfuz bir düzenleme yetkisi yoktur.¹⁹ 1961 Anayasası'nın 5, 6 ve 7.maddelerine ilişkin ortak gerekçede de açıkça belirtildiği gibi, “*Kanun olmayan yerde, Türk hukukuna göre, yürütme de yoktur.*”²⁰ Bu temel yapı, esası bakımından büyük ölçüde 1982 Anayasası döneminde de sürdürülmüştür.²¹ Ancak, artık bu kuralın anayasal istisnası vardır. Dolayısıyla 1982 Anayasası dönemi için, “yürütmenin mahfuz bir düzenleme yetkisi yoktur” ifadesi tam olarak gerçeği yansıtmamaktadır.

Konu bakımından önemli olan anayasal istisna, Anayasa'nın ilk halinde yer alan ve 2018 seçimleri sonrasında yürürlükten kalkacak olan 107. maddedir. Bu maddede, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmekteydi. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinin tek istisnası olan bu konunun, sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği, kanun ile düzenlenemeyeceği kabul ediliyordu.²² Bu kararname, Cumhurbaşkanlığının iç yapısı ve işleyişi ile ilgili kuralları ve usulleri içerdiği için, bireyler ve topluluklar üzerinde etkili ve geçerli olmayacağı değerlendirilerek, bu bakımdan tam anlamıyla özerk bir düzenleme işlemi sayılamayacağı ileri sürülmüştür.²³ Ancak, bu yorum, genel olarak yürütmenin özerk düzenleme yetkisinin istisnai niteliği ve sınırlılığı üzerinedir.

¹⁹ TEZİÇ Erdoğan, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s.80.

²⁰ ÖZTÜRK Kazım, **1975 Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1975, s.25.

²¹ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta, İstanbul, 1996, s.62.

²² TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 21.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.19; ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.246.

²³ DURAN Lûtfi, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 4, S.1-3, 1983, s.40. Duran’a göre, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri özerk düzenleme yetkisinin tek ayrık örneğidir. Sadece bireyler ve topluluklar üzerindeki etkisi yönünden tam ve gerçek anlamıyla özerk bir düzenleme işlemi sayılamaz. Düzenleme yetkisinin “özerk” nitelikte olması için, yetkisi organ veya makamların, düzenleyici işlem yaparken, Anayasa’da veya kanunlarda bir dayanak ya da tutamak aramak ve bulmak zorunda olmaksızın, herhangi bir konuyu serbestçe ve diledikleri gibi düzenleyebilmeleri gerekir. **DURAN**, 1983, s.34-35.

Yoksa, anayasal hüküm bakımından düzenleme yetkisinin mahfuz ve özerk olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim yasama organı da bu durumu teyit etmiş ve çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu'nun 1. maddesinde, Kanun'un, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenlediğini açıkça belirtmiştir.²⁴

1982 Anayasası'nın ilk halinde, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir istisnası olarak yer alan bu durum, Anayasa değişikliği ile alanı genişlemiş olmakla birlikte sınırlı varlığını sürdürmektedir. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini düzenleyen hükümlere sözel ve sistematik yorum açısından bakıldığında bu sonuç açıkça görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel yetkinin düzenlendiği maddelerde (m.104/17 ve m.109/6), Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılması bir zorunluluk değil, bir olanaktır. Bir Cumhurbaşkanının bu kapsamda hiç Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmaması mümkündür. Anayasal sınırlar içinde, tamamen kendi takdir yetkisidir. Zira “çıkabilir” birleşik fiilinde “-ebilmek” ekiyle, cümleye hem bir anayasal izin hem de olasılık anlamı katılmıştır. Dolayısıyla olağan dönemde yürütmeye ilişkin konularda, olağanüstü dönemde ise olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapmak Cumhurbaşkanının tek başına takdir edeceği bir yetki kullanımı olanağını ifade eder.

Mahfuz yetki olan dört maddede (m.104/9, m.106/11, m.108/son, m.118/son) ise, belirtilen hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu konuların kanunla da düzenlenmesi mümkün olsaydı, kullanılması gereken ifade “düzenlenebilir” olmalıydı. Kamu tüzelkişiliğinin kurulmasında olduğu gibi, açık bir şekilde “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” biçiminde bir ifade kullanılması da mümkündü. Ancak, her iki olasılık da tercih edilmemiş ve Anayasa'da özel olarak sayılan bazı hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Tam da bu nedenle, Anayasa'nın Geçici 21/B maddesinde, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.” hükmü yer almak-

²⁴ 17.08.1983 tarih ve 2879 sayılı Kanun, Resmî Gazete: **19.08.1983-18140**.

tadır. Cumhurbaşkanına yürütmeye ilişkin konularda ve olağanüstü halde verilen yetkilerin takdiri niteliği dikkate alındığında, bu hükümde yer alan altı ay içinde düzenleme yükümlülüğünün bu dört maddeye ilişkin olduğuna şüphe yoktur.²⁵

Bu dört madde, Anayasa'nın 104/17.maddesinde yürütmeye ilişkin konularda verilen genel yetkiye göre göre özel hüküm niteliğindedir. Yine de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin 104/17.maddede yer alan sınırlamaların, bu dört madde bakımından geçerli olup olmadığı sorusu ayrıca cevaplandırılmalıdır. Zira olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından bu sınırlamaların geçerli olmadığı açıkça belirtildiği halde, bu dört madde bakımından herhangi bir hüküm bulunmaması zaman zaman farklı yorumlara neden olabilmektedir. Anayasa'nın 104/17.maddesinde yer alan her sınırlama bakımından, bu sınırlamaların neden geçerli olmadığı gereçlendirilebilir.

Birincisi, bu konular Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü konular değildir. Aksine, münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini öngördüğü konulardır. İkincisi tam da bu nedenle, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında bir çatışma olması halinde bu çatışmanın kanuna üstünlük verilerek çözülmesi rasyonel değildir. Zira, bunlar arasında bir çatışma ortaya çıkması teorik olarak mümkün değildir. Bu dört madde aslında yasama yetkisinin genelliği ilkesinin anayasal istisnalarıdır. Buna rağmen çıkarılan kanun hükümleri konu bakımından yetki unsuru yönünden Anayasa'ya aykırı olacaktır.²⁶ Elbette, Anayasa'ya

²⁵ Bu dört maddenin mahfuz alan yaratmadığı yönünde bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s.438. Bu dört maddede bunların münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı, ayrıca kanunla düzenleme yasağı bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca bu konularda yasal düzenleme yapılabilir ve yasa ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi farklı hüküm içerirse yasa uygulanır. Bu dört düzenlemenin sözel, tarihsel ve sistematik yorum gereğince yasama yetkisinin genelliği ilkesinin anayasal istisnası olduğu kanısında olduğumuz için bu görüşe katılmıyoruz. ARDIÇOĞLU M. Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s.44-45. Yazar, tarafımızca yapılan çıkarımın sağlam olmadığı görüşünde olmakla birlikte, bunun gerekçesi sadece Anayasa'da açık bir düzenleme yer almamasını göstermekle yetinmiştir. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri tek tür olarak kabul edilmiş ve Anayasa'nın 104/17. maddesindeki sınırlamalar hepsi için geçerli sayılmıştır.

²⁶ 1982 Anayasası'nın ilk halinde, kanun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çatışmasının konu bakımından yetki unsuru yönünden çözülmesi gerektiği yönünde bkz. TAŞDÖĞEN Salih,

aykırı da olsa söz konusu kanun hükümleri yürürlüğe girebilecek ve Anayasa Mahkemesi iptal etmediği sürece yürürlükte kalacaktır. Bu sırada iki normdan hangisinin uygulanacağı sorununun, Anayasa'nın 104/17.maddesi-nin öngördüğü gibi kanuna öncelik verilerek çözülmesi, bu dört maddedeki yetkilerin mahfuz niteliği ile çelişir. Dolayısıyla, 104/17.maddede yer alan bu sınırlama, mahfuz yetki kapsamındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından geçerli olmamalıdır.²⁷

Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenememesine yönelik sınır ise mahfuz yetki alanındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için gerekli değildir.²⁸ Zira, Anayasa maddelerinde sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olan bu hususlar, temel hak ve özgürlükler alanına ilişkin bir yetkilendirme içermemektedir.²⁹ Mahfuz yetkide, düzenlenebilecek hususlar sınırlı sayıda

“Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (3), 2016, s.941.

²⁷ Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı bir rejime tabi olan olağanüstü hâlde çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için Anayasa'nın 104/17. maddesi-nin 2. cümlesinde yer alan sınırlamanın geçerli olmadığına açıkça belirtilmesi karşısında, bu düzenlemeler bakımından sınırlamanın geçerli olduğu akla gelebilir. Ancak, bu argümana şu gerekçelerle katılmıyoruz. Öncelikle, olağan dönemde de olağanüstü hâlde de, Cumhurbaşkanının yetkisi kural olarak takdirdir ve yasama organı aynı konuda düzenleme yapma konusunda herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Dolayısıyla, bu tür Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasındaki ilişkinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Oysa, bu dört maddede sayılan hususlarda, Cumhurbaşkanının mahfuz yetkisi söz konusudur. Dolayısıyla, yasama organının düzenleme yetkisi zaten bulunmamaktadır.

²⁸ Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmektedir. Bu özel hüküm karşısında, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiçbir temel hak ve özgürlüğü sınırlamayacağını kabul etmek gerekir. Nitekim kanun hükmünde kararname rejimi bakımından da bu görüş ileri sürülmüştür. Bkz. SAĞLAM Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, *Anayasa Yargısı*”, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984, ss.268-269 ve UYGUN Oktay, 1982 *Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı, İstanbul, 1992, s.114. Ancak, düzenleme/sınırlama ayırımına dayanan bu görüş, bugüne kadar Anayasa Mahkemesi içtihadına yansımamıştır. Aksine, Mahkeme, kanun hükmünde kararnamelere ilişkin hükümde, düzenlenemeyecek hak ve özgürlüklerin açıkça sayılması nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi bakımından özel hüküm niteliğini dikkate almakta ve sosyal/ekonomik hakların düzenlenmesini sınırlamadan ayırmayarak Anayasal yasak alanda görmemektedir.

²⁹ Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar bakımından kamu hizmetine girme hakkı akla gelse de Anayasa'nın 128/son maddesine göre, üst kademe yöne-

belirtilmiştir. Bu bakımdan, yeni sistemin yasama ve yürütmenin düzenleme alanını ayıran Fransız sistemiyle herhangi bir benzerliği bulunmamaktadır. Anayasa konu bazında bazı alanları yürütmenin düzenlemesine bırakmış değildir. Mahfuz yetki alanındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları (m.104/9), bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulması (m.106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri(m.108/son) ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (m.118/son) ile sınırlıdır. Bu sayılanların dışında bir husus, zaten mahfuz yetki kapsamında bir düzenleme niteliği taşımayacak, genel Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle aynı rejime tabi olacaktır.

Bu konuda, özellikle Bakanlıkların yetkileri bakımından temel hak ve özgürlükler ile bir çatışma ihtimali akla gelmektedir. Bu noktada, Anayasa'nın 13.maddesinde yer alan ve temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırabileceğini güvenceye alan hüküm, mahfuz nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümlere göre özel hüküm niteliğindedir. Sadece Anayasa'nın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümündeki hak ve özgürlükler değil, hiçbir hak ve özgürlüğün mahfuz yetki kapsamında sınırlandırılması mümkün değildir. Bu dört maddede verilen mahfuz yetkinin, temel hak rejimine istisna getirecek biçimde yorumlanmasına imkân verecek bir husus bulunmamaktadır.

Mahfuz yetki alanındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa'nın 104/17. maddesindeki sınırlamaya tabi olmamakla birlikte, Anayasa'ya uygun olmak zorundadır. Anayasa'nın başka maddelerinde bu yetkileri sınırlandıran hükümler gözden kaçırılmamalıdır. Bu konuda bir örnek, üst kademe yöneticiler arasında yer alan dekanların Yükseköğretim Kurulunca seçilip atanmasının Anayasa'nın 130.maddesinde açıkça düzenlenmesidir.³⁰ Cum-

ticilerin yetiştirilme usul ve esasları kanunla özel olarak düzenlenecektir. Dolayısıyla üst kademe yöneticinin kamu hizmetine girişi ve yetiştirilmesi kanunla, daha sonra bu göreve atanmasına ilişkin usul ve esaslar ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecektir.

³⁰ Üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bugün yürürlükteki 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanunu m.6/(2)/3'e göre, YÖK Başkanı, YÖK üyeleri, Rektör, Dekan, Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Büyükelçi ve Vali üst düzey yönetici kapsamındadır. Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği, 10.01.1985 tarih ve 3149 sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanunun 2. maddesine

hürbaşkanlığı kararnamesi ile üst kademe yöneticilerin atanma usulünü belirleme konusundaki genel yetki, Anayasa'nın 130.maddesindeki özel hüküm dikkate alınmaksızın kullanılamaz. Aynı şekilde, Anayasa'da açıkça zikredilen Adalet, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri (m.118) ve Milli Eğitim (m.130) Bakanlıklarının kaldırılması gibi bir yetki kullanılması Anayasaya aykırı olacaktır. Mahfuz yetki kapsamındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından, her konuda diğer Anayasa hükümleri dikkatle ele alınmalıdır.

ii) Yasama-Yürütme İşlemlerinin İlişkisi Bakımından Cumhurbaşkanlığının Mahfuz Yetkisinin Sonuçları

Anayasal sistemimizde yasamanın düzenleme yetkisi asıl, yürütmenin asli düzenleme yetkisi ise istisnadır. Dolayısıyla, yürütmenin asli düzenleme yetkisinin dar yorumlanması gerekir. Daha önce belirtildiği gibi, mahfuz yetki alanındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları (m.104/9), Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatının kurulması (m.106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri(m.108/son) ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (m.118/son) ile sınırlıdır.

Benzer bir sınırlama Anayasa'nın ilk halindeki 107. madde bakımından da geçerliydi.³¹ Bu maddeye göre, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştü. Bu hüküm

göre ise, bunların yanı sıra Genel Müdür, Bölge Müdürü, Başkan, Kurul Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Daire Başkanı ve Kaymakam da üst kademe yönetici idi. Bakanlar Kuruluna bu sayılanlar dışında üst kademe yöneticileri belirleme yetkisi de verilmişti. Anayasa Mahkemesi, E.1985/3, K.1985/8, Kt.18.06.1985, **RG.18.10.1985-18902**. Üst kademe ifadesi geçmemekle birlikte, benzer bir liste, 23.04.1981 tarih ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'da da yer almaktadır. **RG.25.04.1981-17321**. Yeni düzende üst kademe yöneticilerinin kimler olduğunu belirleme yetkisi yasama organındadır. Zira, bu yetki açıkça Cumhurbaşkanına tanınmamıştır. Yasama organı bir kanunla tanımlama yapmadığı takdirde, Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin kabul edilebilecek bu hususu genel olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyebilir. Ancak, daha sonra kanun yapıldığında bu düzenleme hükümsüz kalır.

³¹ 1982 Anayasası'nın ilk halinde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile başka bir konunun düzenlenmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. **ÖZBUDUN**, 2005, s.246.

Anayasa'ya Milli Güvenlik Konseyi tarafından konulmuştur.³² Ancak, daha sonra aynı Milli Güvenlik Konseyinin bir üyesi olan Sedat Celasun tarafından Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Kanun Teklifi hazırlanmıştır. Bu Kanun'un görüşmelerinde, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen bir konuda kanunla düzenleme yapıp yapılamayacağı uzun uzun tartışılmıştır.³³ Özellikle, mevcut kanunun yürürlükten kaldırılması gereği ve kararnamenin başka kanunlarla ilişkisi bakımından önemli sorunlar ele alınmıştır.

Bütün bu tartışmaların sonunda kabul edilen Kanunun 1. maddesi ise şu şekildedir: *“Bu Kanun; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenler.”* Bu kapsamda, mali hükümler (bütçe), kadro cetvelleri ve personele ilişkin bazı hükümler kanunla düzenlenmiştir.³⁴ Bu Kanun aynı zamanda daha önce yürürlükte olan 23.05.1933 tarih ve 2180 sayılı Riyaseti Cumhur Dairesi Teşkilatı Kanununu da yürürlükten kaldırmıştır. Böylece ertesi gün Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi herhangi bir kanunu ilga etmemiş, yürürlükteki herhangi bir kanunla çatışmamıştır.³⁵

Anayasa değişikliği sonrası mahfuz yetki alanındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de benzer bir durumun gerçekleşmesi beklenir. Örneğin üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenecektir. Ancak, kimlerin üst kademe yönetici sayılacağı, bunların mesleğe kabulü, yetiştirilme usul ve esasları gibi diğer konular kanunla düzenlenebilecektir. Hatta, üst kademe yöneticilerin yetiştirilme usul ve esasları, Anayasa'nın 128. maddesi gereğince münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konudur.

Devlet Denetleme Kurulunun görevi Anayasa'da düzenlenmiştir. Başkan ve üyelerinin Cumhurbaşkanınca atanacağı belirtilmiş ve Kurul'un iş-

³² MGK Anayasa Komisyonu Değişiklik Gerekçesi, **AKAD/DİNÇKOL**, 1998, s.435.

³³ **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, Cilt 20, Yasama Yılı: 2, 139 uncu Birleşim, Birinci Oturum, 3 Ağustos 1983, ss.183-200.

³⁴ 17.08.1983 tarih ve 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu, **RG.19.08.1983-18140**.

³⁵ 18.08.1983 tarih ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, **RG.20.08.1983-18141**.

leyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu durumda, Devlet Denetleme Kuruluna ilişkin bir kanun çıkarılarak, üyelerin sayısı, başka kurum ve kuruluşlardan personel ve yardım istenmesi, diğer kişi ve kuruluşlardan belge talebine ve bu talebin karşılanmasına yönelik düzenlemeler şu anda olduğu gibi kanunla düzenlenebilecektir. Keza Milli Güvenlik Kuruluna ilişkin düzenlemeler kanunla yapılacak, sadece Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecektir. Genel Sekreterliğin teşkilat yapısına ve görevlerine ilişkin olmayan diğer hususlar yine kanunla düzenlenebilecektir. Bu yetkilerin sınırları oldukça belirgindir.

Mahfuz yetki alanındaki en geniş düzenleme, Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına ilişkindir. Bakanlık örgütlenmesi bakımından son kapsamlı değişiklik 2011 yılında çıkarılan 6223 sayılı Yetki Kanunu üzerine büyük ölçüde kanun hükmünde kararnameler ile yapılmıştır.³⁶ Bu Kanun, Bakanlar Kuruluna, yeni bakanlıklar kurulması, mevcut bakanlıkların birleştirilmesi ya da kaldırılması, mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilatlarının düzenlenmesi ve taşrada teşkilatlanma esaslarını düzenlemek üzere yetki vermiştir. Söz konusu yetki kanununun verdiği yetki çok daha geniş olmakla birlikte, anayasal yetki devrinin içerdiği tüm konuların sayıldığı açıkça görülmektedir. Bu yetki kanunu tartışmalı da olsa Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya uygun bulunmuştur.³⁷ Dolayısıyla 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun, doğrudan Bakanlar Kurulunun Anayasa'nın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümlerinde yer alan hak ve özgürlükleri sınırlayabilmesine ilişkin bir yetki içermediği kabul edilmiştir. Aksi durum, Anayasa'ya aykırılık oluştururdu. Mahkeme, bu konuda anayasaya uygun yorum yöntemine başvurma gereği de duymamıştır. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa hükümlerinin de doğrudan temel hak ve özgürlükleri kısıtlama yetkisi vermediği açıktır. Aksine, daha önce belirtildiği gibi, temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine göre özel hüküm niteliğindedir.

³⁶ 06.04.2011 tarih ve 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu m.1, **RG.03.05.2011**.

³⁷ E.2011/60, K.2011/147, Kt.27.10.2011, **RG.15.12.2011-28143**.

Tarihsel gelişim ve Anayasa'nın sistematik yorumu dikkate alındığında, Bakanlıkların görev ve yetkisinin belirlenmesinin kendi aralarındaki görev ve yetki paylaşımının belirlenmesi olarak anlaşılması gerekir. Bu yorum kanunla bakanlıklara başka görev ve yetkiler verilmesine engel olmayacaktır. Zira Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen ve devlete ödev yükleyen birçok hükmün yerine getirilmesi, söz konusu kanunlarla ilgili bakanlıklara birtakım görev ve yetkiler verilmesiyle mümkündür. Keza teşkilatlar oluşturulduğunda, Anayasa'nın 128. maddesi gereğince, bu teşkilatların personeli olacak memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenecektir.

Cumhurbaşkanlığının mahfuz yetkisindeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, 1982 Anayasası'na göre daha geniş bir alanı düzenlemekle birlikte, yasama karşısında oldukça sınırlı kalmaktadır. İstisnaların dar yorumlanması ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde, (üst düzey bürokrasi dışında) bireyler üzerinde doğrudan etki doğuracak bir düzenleme yetkisi içermediği görülmektedir.

b) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine İlişkin Genel Hükümler

Olağanüstü hâl döneminde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin yeni sisteme uyarlanmış halidir. Ancak, Anayasa'nın 119. maddesi, eski sisteme göre biri olumlu diğeri olumsuz iki değişiklik getirmektedir. Olağanüstü hâl ilan eden Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Bu kararnameler, kanun hükmündedir ve Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan sınırlamalara tabi değildir. Bir normun kanun hükmünde olması, kanunla aynı hukuki güce ve etkiye sahip olması, yürürlükteki kanunlara aykırı hükümler getirebilmesi ve onları değiştirebilmesi anlamına gelir.³⁸ Oysa olağanüstü hâlin gerekli kıldığı tedbirlerin kalıcı sonuçlar doğurmasından kaçınılması gerekirdi. Olumlu değişiklik ise, TBMM tarafından üç ay içinde görüşülmediği takdirde bu kararnamelerin kendiliğinden yürürlükten kalkmasıdır.

Olağanüstü hâl kararnamelerinin belirsiz bir süre hukuk düzeninde kalması engellenmiş olmakla birlikte, yürürlükten kalkmanın yeterli bir yaptırım

³⁸ YÜZBAŞIOĞLU, 1996, s. 44.

olduğu düşünülmemektedir. Zira TBMM belirli bir süre içinde görüşmediği takdirde, bu kararnamelerin hükümsüz sayılması uygun olurdu. Anayasa'nın 28. maddesinde, kanunun yetkili kıldığı merciler tarafından verilen dağıtımı önleme ve toplatma kararlarının yirmi dört saat içinde yetkili hâkime bildirilmesi ve yetkili hâkimin de kırk sekiz saat içinde bu kararları onaylaması öngörülmüştür. Hâkim, bu süre içinde kararını vermezse, yetkili merci tarafından verilen karar hükümsüz sayılacaktır. Olağanüstü dönem kararnameleri bakımından Cumhurbaşkanınca kullanılan yetkinin de TBMM'den süresinde onay almadığı takdirde benzer bir sonuca bağlanması beklenirdi. Bu kararnamelere karşı, daha önce olduğu gibi Anayasa Mahkemesine başvuru yapılması yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesinin son kararları³⁹ dikkate alındığında, bu kararnamelerin anayasal sınırlarının belirlenmesi önemini yitirmektedir. Zira, anayasal sınırlara uyulmamasının yaptırımsız kalması, Türkiye'de olağanüstü hâl rejiminin bir hukuk rejimi olduğu iddiasını sorgulatmaktadır.

Anayasa'nın 104/17. maddesi ise, olağan dönemde, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanına genel olarak asli bir düzenleme yetkisi tanımakta, ancak hemen ardından bu düzenleme yetkisinin sınırlarını belirlemektedir. Birinci anayasal sınır, aslında yetkinin kendi düzenlemesinde yer almaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılablmesi, yasama ve yargı yetkisine ilişkin konularda çıkarılamayacağı anlamına gelir. İkinci sınır, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerin de anayasal sınırı olan Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin düzenleme yasağıdır. Bu yasak olağan dönem kanun hükmünde kararname rejiminde de aynı şekilde yer aldığı için üzerinde özel olarak değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı düşünölmektedir. Üçüncü anayasal sınır ise, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörölen konulara ilişkindir. Mevcut kanun hükmünde kararname rejiminde, bu alanda düzenleme yapılabildiği halde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılamayacaktır. İlk olarak üzerinde durulması gereken konu budur. Son anayasal sınır ise, bir anlamda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasal sınırlarını oluşturmaktadır. Zira bu sınır tamamen yasama organına takdir yetkisindedir. İkinci olarak, bu kapsamdaki hükümler değerlendirilecektir.

³⁹ Örnek olarak: E.2016/166, K.2016/159, Kt.12.10.2016, **RG.04.11.2016-29878**.

i) Anayasa'nın Münhasıran Kanunla Düzenlenmesini Öngördüğü Konular

Türk hukukunda, “yasamanın düzenleme alanı sınırsızdır; münhasır bir sahası yoktur.”⁴⁰ Yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasa'ya uygun olması şartıyla düzenleyebilir.⁴¹ Buna rağmen Anayasa'nın pek çok maddesinde belirli hususların kanunla düzenleneceği ayrıca öngörülmüştür. Bu hükümlerin münhasır bir kanun alanı yaratıp yaratmadığı öğretide oldukça tartışılmış bir konudur. Örneğin *Teziç*, maddi bakımdan mahfuz bir sahanın belirlenmesinin, kanun koyucu için asgari yasama yetkisini kullanma mecburiyetini ifade ettiği görüşündedir.⁴² *Duran*, bunu “genel esasların kanunla düzenlenmesi” şeklinde anlamak gerektiğini ileri sürmüştür.⁴³

Türk hukukunda kural olarak, yasama yetkisinin asli ve genel olduğu, yürütmenin ise türev nitelikte işlemler yapabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, Fransa'da olduğu gibi, yasamanın münhasır bir düzenleme alanı yoktur. Öte yandan, Fransa'da münhasır kanun alanı bulunmakla birlikte, kanun o alanda yürütmeye düzenleyici işlem yapma yetkisi verebilir. Verilen yetkinin sınırlarının, çerçevesinin çizilmemiş olması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur. Başka bir ifadeyle, münhasır kanun alanı, o konudaki tüm düzenlemelerin kanunla yapılması anlamına gelmemektedir.

Türkiye'de ise, münhasır kanun alanı olup olmadığı tartışması daha çok, böyle bir alan belirlendiği takdirde, o alanda yürütmenin herhangi bir düzenleyici işlem yapıp yapamayacağı üzerine kurulmuştur. Başka bir ifadeyle, münhasır ifadesi kanuna mahsus, yürütmeye kapalı, yalnızca kanun ile düzenlenebilen alan olarak da yorumlanmaktadır. Genel eğilim, temel hak ve özgürlükler alanı dahil, münhasır bir kanun alanı olmadığı, ancak bazı maddelerin yazılış şeklinin o konunun yürütmeye yetki verilmesine izin vermediği yönünde olmuştur.⁴⁴ Bazı maddeler arasında çeşitli haklar, suçta

⁴⁰ **TEZİÇ**, 1972, s.81.

⁴¹ E.1963/4, K.1963/71, Kt.28.03.1963, **RG.18.10.1963-11534**.

⁴² **TEZİÇ**, 1972, s.81.

⁴³ DURAN Lûtfi, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, **İÜHF**, C.30, S.3-4, 1964, s.472. Yazara göre, “kanunla düzenlenir” veya “kanunla gösterilir” terimleri, ilke olarak, ilişkin oldukları hususların genel esaslarının kanunla konulmasını ifade etmekte, o konuların bütün ayrıntılarıyla kanunla düzenlenmesini, idari işlemlere hiçbir şey bırakılmamasını zorunlu kılmamaktadır.

⁴⁴ Konuya ilişkin özellikle bkz. GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları no:191-173, Ankara, 1965, ss.100-117.

ve cezada kanunilik, vergide kanunilik, idarenin kanuniliği gibi temel prensipler sayılmakla beraber, diğer kanunilik güvencelerinin bunlardan farkı net bir biçimde ortaya konmamıştır.⁴⁵

Anayasa hükümleri bir bütün olarak incelendiğinde, münhasır bir kanun alanı yaratma amacı olduğunu ileri sürmek mümkün gözükmemektedir.⁴⁶ Ancak, kanunla düzenleme öngörülen maddelerin büyük kısmının da kanunilik güvenceleri içerdiği bir gerçektir. Bu güvencelerin düzenlemenin niteliği gereği, vergi ve ceza hükümlerine indirgenmesi Anayasa'nın öngörmediği yapay bir ayırım olacaktır. Kaldı ki, verginin kanuniliği ilkesi dahi idarenin birtakım düzenleyici işlemler yapmasına engel değildir.

Anayasa hükümleri üzerindeki bu tartışma, kanun hükmünde kararname rejimi bakımından Anayasa Mahkemesi içtihadına da taşınmıştır. Hukuki sorun, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen hususlarda kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapıp yapılamayacağıdır. Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa'nın, bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda da, o konu kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilir.⁴⁷ Mahkeme, kanun hükmünde kararnameye ilişkin 91. maddenin, "kanunla düzenlenir" ifadesi içeren maddelere göre özel hüküm niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, 163. maddedeki açık yasak hükmü (bütçe) ya da Anayasa'nın 91. maddesinde belirtilen anayasal yasak alan (İkinci kısım, birinci, ikinci ve dördüncü bölümde yer alan hak ve özgürlükler) kapsamında olmadıkça bir konunun kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi Anayasa'ya uygun bulunmuştur.

Bu içtihat çerçevesinde, 2013 yılına gelinceye dek, Türk hukukunda kanunun münhasır bir sahası olmadığı kabul ediliyordu. Yasama yetkisi asli

⁴⁵ DURAN'a göre, kişi özgürlüğü, ifade özgürlüğü, konut dokunulmazlığı gibi bazı "önemli" haklar ancak ve münhasıran kanunla düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. **DURAN**, 1964, s.472. **GÜNEŞ** ise, bu sonucun genel olarak değil, Anayasa'nın ilgili maddesinin yazılış şekline çıkarılacağı görüşündedir. **GÜNEŞ**, 1965, s.106. Bu yaklaşım, temel hak ve özgürlükler bakımından genel bir münhasır alan olduğu iddiasını reddetmektedir (s.103). **GÜNEŞ**, vergi ve suç konulmasının da münhasır kanun alanı olduğunu düşünmemekte, ancak ceza hükümleri bakımından münhasır alanı kabul etmektedir (ss.112-113).

⁴⁶ 1982 Anayasasının ilk haline yönelik benzer bir değerlendirme için bkz. **UYGUN**, 1992, s.111.

⁴⁷ E.1989/4, K.1989/23, Kt.16.05.1989, **RG.08.10.1989-20306**. Aynı yönde: E.1990/1, K.1990/21, Kt.17.07.1990, **RG.16.07.1991-20931**.

ve genel, yürütme yetkisi ise türev olduğundan, kanunun belli kuralları ve ilkeleri koymaması, çerçeveyi çizmemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı idarenin düzenlemesine bırakması Anayasa'nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık olarak nitelendiriliyordu.⁴⁸

2013 yılında önce karşı oyda başlayan bir görüş değişikliği, daha sonra Mahkemenin yeni içtihadı haline gelmiştir.⁴⁹ Anayasa Mahkemesine göre, *“Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle, Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.”*⁵⁰

Böylelikle Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu olarak nitelendirmiş ve münhasır kanun alanında yapılan kanunlar ile yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca yapılan diğer kanunlar arasında bir ayırma gitmiştir. Anayasa’da açıkça kanunla düzenleneceği belirtilen konuların tamamı “münhasır kanun alanı” olarak belirlenmiş olmakla birlikte, buradaki “münhasır” ifadesi kanunun tüm ayrıntıları düzenleyeceği ve yürütmeye herhangi bir düzenleme alanı bırakmayacağı anlamına gelmemektedir. Sadece, Anayasa Mahkemesinin, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi çerçeve-

⁴⁸ Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş içtihadı bu şekildedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu içtihadı bağli kaldığını ifade etmekle birlikte, bazı kararlarında belirtilen koşulların sağlanıp sağlanmadığı konusunda daha esnek bir yaklaşım içindedir. Bununla birlikte hangi konularda daha esnek olduğu, kararlarındaki gerekçe eksikliği nedeniyle tam olarak ortaya konamamıştır. Örneğin: E.2010/96, K.2011/168, Kt.22.12.2011, **RG 14.02.2012-28204**; E.2007/105, K.2008/75, Kt.06.03.2008, **RG.18.03.2009-27173**.

⁴⁹ Karşı oyun ortaya çıktığı karar: E.2012/76, K.2013/44, Kt.20.03.2013, **RG.07.11.2013-28814**, Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Hicabi Dursun Karşı oyu. Yasama yetkisinin devredilmezliği içtihadının değiştiği karar: E.2011/42, K.2013/60, Kt.09.05.2013, **RG.25.07.2014-29071**.

⁵⁰ E.2016/139, K.2016/188, Kt.14.12.2016, **RG.03.01.2017-29937**.

sinde aradığı koşulların bunlar bakımından daha sıkı olduğu görülmektedir. Klasik içtihat artık sadece bu hükümler bakımından geçerli olacak, diğer konularda yasamanın bu koşulları taşımayan bir kanun çıkarması ve yürütme için bir kanun başlangıcı oluşturması Anayasa'ya aykırı olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, son beş yıldır, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konular olarak yorumlamaktadır. Bu durumda, Anayasa değişikliğinde yer alan “Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ifadesi yorumlanırken, Anayasa Mahkemesinin anayasal yorumu dikkate alınmak zorundadır.

Anayasa değişikliği çalışmaları sırasında, bu ifadenin anlamı üzerindeki tereddütleri gidermek bakımından Anayasa Mahkemesi içtihadına yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte, teklifin destekçileri de bu ifadeyi Anayasa Mahkemesi ile aynı doğrultuda değerlendirmiştir. Komisyon çalışmaları sırasında gerek Adalet ve Kalkınma Partisi gerekse Milliyetçi Hareket Partisi üyeleri tarafından, ısrarla Anayasa'da 82 tane kanunla düzenlenecek husus olduğu belirtilmiştir.⁵¹ Bu rakamın, Anayasa metninde “kanunla düzenlenir” ifadesini aratıklarında buldukları sonuç olduğu anlaşılmaktadır.⁵² Ancak, 1982 Anayasası'nın hangi halinde arandığında 82 rakamına ulaşıldığı net değildir. Teklif metni ile son metin arasında da farklar olduğu dikkate alındığında bu maddelerin yeniden tespit edilmesi uygun olur.

⁵¹ 26.Dönem, 2.Yasama Yılı, 22.12.2016 tarihli TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, C.1, s.37, Erkan Akçay, MHP Manisa milletvekili: “Aynı zamanda bu yetki, (...) Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları kapsamamaktadır. Bildiğimiz kadarıyla Anayasada 80 civarında maddede, 82 maddede kanunen yapılacak düzenlemeler öngörülmektedir. Cumhurbaşkanı sınırsız bir yetkiye sahip olmayacaktır.” 28.12.2016 tarihli TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, C.1, s.23, Bekir Bozdağ, Adalet Bakanı ve Yozgat milletvekili: “Bakın, Anayasa'da ‘Kanunla düzenlenmiş, düzenlenecek.’ denen hiçbir konuda cumhurbaşkanı kararname çıkaramayacak, kanun olan bir konuda kararname çıkaramayacak; temel haklar konusunda, siyasi haklar konusunda, yargıyla ilgili konuda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramayacak. Tam 82 tane maddede ‘Kanunla düzenlenir, bütün her şey kanunla düzenlenir.’ diyor. Dolayısıyla, Meclisin yasama yetkisinin cumhurbaşkanına devri diye bir şey kesinlikle söz konusu değil.”

⁵² 26. Dönem, 2. Yasama Yılı, 24.12.2016 tarihli TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, C.1, s.28, Mehmet Parsak, MHP Afyonkarahisar milletvekili: “Hepimizin önünde bir tablet, bir bilgisayar, cep telefonu var; oradan Anayasayı indirip “ctrl-bul” ya da “control-find” yapıp kanunla yazdığımız zaman bu 82 madde çıkıyor zaten. Yani bu özel de bir çalışma değil. Özellikle de basın mensuplarının bilgisine sunmak kabilinden bunu da söylüyorum. Yani buradan yazan 82 maddede bir defa sadece o ibareden dolayı kararname çıkaramazsınız.”

Daha önce belirtildiği gibi, Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenleneceğini öngördüğü konuların hepsi, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ya da başkaca hususlar düşünülerek, bütüncül ve özel bir yaklaşımla düzenlenmiştir. Yine de ağırlıklı olarak kanunilik güvencesi amacı olduğu gözlemlenebilir. 2018 seçimlerinin ardından yürürlüğe girecek Anayasa değişikliğinden sonra, Anayasa'da toplam 156 madde yürürlükte kalıyor. Bu 156 maddenin 33'ü, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi ayrıca yasaklanan Anayasa'nın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümünde yer alan hak ve özgürlüklere ilişkindir. Kalan 123 maddenin 51'inde kanunla düzenlenmesi / belirlenmesi / belirtilmesi /tespit edilmesi / gösterilmesi / kurulması / konulması öngörülen 89 husus tespit edilebilir. (Tablo 4)

Tablo 4: Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme öngören maddeler⁵³

1.KISIM	2.KISIM 3.BÖLÜM	3.KISIM			4.KISIM
		1.BÖLÜM	2.BÖLÜM	3.BÖLÜM	
m.3	m.42 (3)	m.79	m.101	m.140 (3)	m.161
	m.43	m.82	m.119	m.141	m.165
	m.44 (2)	m.86	m.123	m.144	m.166 (2)
	m.46 (2)		m.124	m.147	m.167
	m.47 (3)		m.125	m.148	m.168 (2)
	m.50		m.126	m.149	m.169
	m.51		m.127 (6)	m.154 (2)	m.170
	m.53 (2)		m.128 (2)	m.155 (5)	
	m.54 (3)		m.129 (3)	m.158	
	m.56		m.130 (4)	m.159 (3)	
	m.61		m.131 (2)	m.160 (2)	
	m.63		m.132		
			m.133 (2)		
			m.134		
			m.135 (5)		
			m.136		
			m.137		

⁵³ Anayasa 7 Kısımdan oluşmaktadır. Ancak, 5., 6. ve 7. kısımda kanunla düzenleme öngören herhangi bir husus bulunmamaktadır. Anayasa'nın 2.Kısımının 1., 2. ve 4. Bölümleri ise tamamen yasak olduğu için ayrıca değerlendirme yapılması gerekliliği görülmüştür.

Hiç şüphesiz, Anayasa'nın TBMM İçtüzüğü ya da Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile düzenlenmesini öngördüğü konular da hem Anayasa'nın açık hükmü hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütme yetkisine ilişkin olması nedeniyle kapsam dışıdır.

Bütün bu hükümler bir arada değerlendirildiğinde, olağan dönem genel Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanının oldukça sınırlı olduğu tespit edilebilir. Hatta büyük oranda Anayasa'nın ve kanunların hiç düzenlemediği bir alanda, yürütmenin ilk elden düzenleme yapması ihtiyacına anayasal dayanak olma işlevi görecektir. Anayasal sistemimiz buna izin vermese de yürütmenin kanuna dayanmayan genel düzenleyici işlemleri olduğu ve Danıştay'ın bu düzenlemeleri zaman zaman hukuka uygun bulduğu bilinmektedir.⁵⁴ Anayasa değişikliği ile, yürütmenin ihtiyaçları gereğince hukuka aykırı bir şekilde oluşan fiili duruma hukuki temel kazandırıldığı düşünülebilir.

ii) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Organı Takdirindeki Sınırları

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanı bakımından anayasal sınırlar yeterli görülmemiş, yasama organının da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini sınırlaması esası kabul edilmiştir. Bu sınırlama iki aşamada gerçekleşebilir. Öncelikle, yasama organının bir konuyu kanunla açıkça düzenlemesi halinde, artık o konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramaz. Açık yasağa rağmen çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkında iptal davası açılması mümkündür, ancak şart değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. Bu düzenlemede, kanunun açık hükmü olup olmadığı konusunda tereddüt yaşanabilir ya da yürütmenin fiili gücü nedeniyle uygulayıcılar kanuna rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnamesini uygulamayı tercih edebilir. Bu uygulamaların hukuka uygunluğu mahkemelerce denetlenecektir. Her mahkeme, Anayasa Mahkemesine başvuru yapmaksızın da uy-

⁵⁴ **DURAN**, 1983, s.33 ve **TAN Turgut**, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1987, s.207'de zikredilen kararlar. Fransa'da da 3. Cumhuriyet döneminden beri, Başbakanın kamu düzenini sağlamak amacıyla, Anayasa'ya veya kanuna dayanmaksızın kolluk yönetmelikleri çıkarabileceği kabul edilmektedir. Türkçe bir kaynak için bkz. **GÖZLER**, 2011, s.374.

gulanacak kuralı Anayasa gereğince tespit edebilir. Bu aşamada itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulması durumunda ise iki olasılık vardır. Birincisi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunun açıkça düzenlediği konuda çıkarılmış olmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu durumu ilk inceleme aşamasında tespit edecek ve bu durumda artık Cumhurbaşkanlığı kararnamesi davada uygulanacak kural olma niteliği taşımadığı için mahkemenin yetkisizliği nedeniyle ret kararı verecektir. Anayasa Mahkemesinin yapacağı bu tespit bağlayıcıdır. İkincisi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanunun açıkça düzenlediği konuda olmayabilir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi işin esasına geçerek başkaca bir anayasaya aykırılık sorunu olup olmadığını inceleyecektir. Dolayısıyla, yetki unsuruna yönelik bir uyuşmazlık çıktığında, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği sorunu yaşanmayacaktır. Zira, Anayasa gereğince Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla farklı hükümler içermesi durumunda başından itibaren kanunun uygulanacağı açıktır, kanunun uygulanması Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptal edilmesine bağlı değildir ve bu durumda Anayasa Mahkemesinin vereceği karar da durumun tespitinden ibarettir.

Kanunun düzenlemediği bir alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yasama organı tarafından benimsenmediği takdirde, o konuda bir kanun çıkarılarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale getirilebilir. Öncelikle, Cumhurbaşkanına Anayasa'nın 89. maddesiyle verilen veto yetkisi gereğince üye tamsayısının salt çoğunluğunun kabulünün gerekebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Kanun yapım sürecinin nispeten yavaş işlediği de bir gerçektir. Dolayısıyla, kanun yürürlüğe girene kadar bir süre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi uygulanacaktır. Ancak, kanun yürürlüğe girdikten sonra Anayasa'ya göre hükümsüz hale gelecektir.

Kamu hukukunda, hükümsüz hale gelme, sık karşılaşılan bir hukuki sonuç değildir. Kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin geçerliliğini ve etkisini yitirdiği açıktır. Bu andan itibaren, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanarak işlem yapılamaz. Ancak, kanun çıkmadan önce yapılan işlemlerin durumu net değildir. Hükümsüzlük bir geçersizlik ifadesi olsa da "hale gelme" bu geçersizliğin sonradan ortaya çıkması anlamında kabul edilebilir. Başka bir ifadeyle şarta bağlı bir geçersizlik durumu olduğu düşünülebilir. Buna göre, kanun çıkması şartıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi geçerliliğini yitirecektir. Artık, hükmünü yitiren Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından Anayasa Mahkemesi-

ne başvuru yapılmasına gerek yoktur. Başvuru yapıldığı takdirde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesi değil, karar verilmesine yer olmadığına hükmetmesi beklenir. Bunun tek istisnası, söz konusu düzenlemenin uygulanacak kural olma niteliğinin devam etmesidir.

Öte yandan, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun çıkıncaya kadar geçerli, kanun çıktıktan sonra hükümsüz kabul edilmesi hukuki sonuç bakımından kanunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yürürlükten kaldırmasıyla eşdeğerdir. Dolayısıyla burada “yürürlükten kalkar” ifadesi yerine “hükümsüz hale gelir” ifadesinin tercih edilmesinin bir anlamı olduğu düşünülebilir. Anayasa’nın 119. maddesine göre, olağanüstü hâl döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde görüşülüp karara bağlanmadığı takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Burada üç ay boyunca yapılan işlemlerin geçerliliğini koruyacağı, sadece yürürlükten kalktıktan sonra uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır. Oysa olağan dönemde, kanun yapıldığında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kalkacağı değil, hükümsüz hale geleceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hükmün geçmişe etkili bir geçersizlik hali olarak yorumlanması da mümkündür. Ancak, bu yorumun hukuk düzeninde ciddi olumsuz sonuçları olacağı açıktır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle sonradan yapılacak kanun arasında geçecek süre belli değildir. Bu konuda herhangi bir sınırlama yoktur. Hukuka uygun bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanunun bulunmadığı bir alanda boşluğu doldurmak için yapılacaktır. Daha sonra belirsiz bir tarihte kanun koyucunun aynı konuda düzenleme yapması nedeniyle, aslında yapıldığı tarihte hukuka uygun olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin başından itibaren geçersiz sayılması hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından olumsuz sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, “hükümsüz hale gelme” ifadesinin kanun yapıldıktan sonraki geçersizlik olarak yorumlanması hukuk devleti ilkesi ile daha uyumlu olacaktır. Öte yandan, hukuk devleti ilkesine aykırı olmamak kaydıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aynı konuda çıkarılacak kanunun, açık bir hükümle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırması mümkündür. Bu konuda temel belirlemenin, Anayasa’ya aykırı olmamak kaydıyla yasama organı tarafından yapılması kanunun üstünlüğünün korunması bakımından yeterli görünmektedir.

SONUÇ

Kararname teriminin karar ile eş anlamlı ve yürütme işlemlerinin genel adı olarak kullanılması, yürütmenin tek başlı hale gelmesi nedeniyle önümüzdeki dönemde birçok tartışmaya yol açacaktır. Tek başına yürütme organını oluşturacak olan Cumhurbaşkanının işlemlerinin birbirinden farkının ortaya konulması gerekir. Bu çerçevede öncelikle, Cumhurbaşkanının bireysel nitelikteki idari işlemleri ile türev nitelikteki genel düzenleyici işlemlerinin asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden ayrılması önemlidir. Her iki tür işlemin de yargı yeri idari yargıdır.

Anayasa'dan doğrudan alınan yetkiye dayanılarak çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de dört gruba ayrılmaktadır. Birincisi, olağanüstü hâl döneminde çıkarılacak kararnameler, ikincisi Anayasa'nın 104/17. maddesine göre çıkarılacak yürütme yetkisine ilişkin genel kararnameler, üçüncüsü Anayasa'nın 104/9., 106/11., 108/son ve 118/son maddelerinde yer alan mahfuz yetki kapsamındaki kararnameler ve son olarak *sui generis* nitelikteki kamu tüzelkişiliği kurma yetkisi.⁵⁵ Bu dört gruptaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri asli niteliktedir ve olağanüstü hâl döneminde çıkarılan kararnameler dışındakilerin denetimi için Anayasa Mahkemesi öngörülmüştür. Olağanüstü hâl düzenlemelerini yargı denetimi dışında bırakma kolaycılığı hukuk devleti bakımından son derece sorunludur. Bu yaklaşımdan vazgeçilmesi olağanüstü hâl rejiminin bir hukuk rejimi olmasını sağlayabilir.

Cumhurbaşkanı tarafından yapılacak bu işlemleri denetleyecek Anayasa Mahkemesinin üç üyesi hariç tamamının Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesi önümüzdeki dönemin önemli sorunlarından biri olacaktır. Diğer tüm önerilerden bağımsız olarak, sadece bu nedenle, TBMM tarafından seçilecek üye sayısının dengelenmesi ve nitelikli çoğunluk aranması prensibinden vazgeçilmemesi asgari bir koşul olarak kabul görmelidir.

Bütün anayasal sınırlar bir arada değerlendirildiğinde, olağan dönem genel Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanının oldukça sınırlı olduğu tespit edilebilir. Hatta büyük oranda Anayasa'nın ve kanunların hiç

⁵⁵ Kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilir. Kanunla da kamu tüzelkişiliği kurulabildiği için, mahfuz yetki kapsamında değildir. Anayasanın kanunla kurulmasını öngördüğü bir alanda alternatif yetki getirdiği için, tam olarak genel yetki kapsamında da değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, kendine özgü ayrı bir grup oluşturduğu kabul edilmektedir.

düzenlemediği bir alanda, yürütmenin ilk elden düzenleme yapması ihtiyacına anayasal dayanak olma işlevi görmesi beklenir. Kanun hükmünde kararname rejiminden farklı olarak, kanunlarda değişiklik yapılamamakta ve Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamamaktadır. İstisnalar çok genişlemiş olmakla birlikte, 2018’de yürürlüğe girecek değişikliğin, kanunun üstünlüğüne dayanan sistemi temelde değiştirmedığı ileri sürülebilir. Özellikle yasama çoğunluğu ile yürütmenin uyumlu olmadığı zamanlarda, düzenleme yetkisi bakımından yasama üstünlüğü korunmaktadır. Mahfuz yetki kapsamındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri istisna niteliğinde olduğundan dar yorumlanmalıdır. Bu kapsamda, eski Genel Sekreterlik benzeri bir “saray/küllüye” teşkilatına yer verilmemiş olması da dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, bu konu ancak kanunla düzenlenmediği takdirde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecektir.

Münhasıran kanunla düzenlenecek alanlarda yürütmenin kanuna dayanarak düzenleyici işlem yapması mümkündür. Münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen alanlarda da sınırlı yetkiye dokunmaksızın yasama organının gereken düzenlemeleri yapması mümkündür. Yasama organı, yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkeleri kapsamında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılma usulüne ilişkin de birtakım düzenlemelerde bulunabilir.⁵⁶ Yasama çoğunluğu ile yürütmenin uyumuna göre planlanan değişikliğin, bu uyum sağlanmadığı takdirde önemli tıkanıklıklara yol açacağı açıktır. Uyumlu olması ise güç yoğunlaşması ve denge/denetleme sisteminin olmaması anlamına gelecektir. Mevcut ve önerilen sistemlerdeki sorunların kamuoyuna açık bir şekilde etraflıca tartışıldığı bir süreç yaşanmadan Anayasa değişikliği yapılmasının tüm sonuçları önümüzdeki dönemde görülecek ve değerlendirilecektir.

⁵⁶ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aniden Resmi Gazetede yayımlanmaları sürecin öngörülebilirliği bakımından sorunludur. Kararnamenin Danıştay görüşüne sunulması, Danıştay’ın belirli bir sürede görüşünü vermesi gibi bazı usul düzenlemeleri yapılması, Cumhurbaşkanının yetkisine dokunmaksızın süreci şeffaflaştıracaktır. Danıştay görüşü bağlayıcı olmayacaktır. Ancak bu görüşün alınması, düzenlemenin hukuki niteliğini arttıracaktır. Demokratik hukuk devleti ilkesi ile gerekçelendirilecek bu tür bir kanuni düzenleme yapılması Anayasa’da yasaklanmamıştır.

KAYNAKLAR

- AKAD Mehmet/DİNÇKOL Abdullah, **1982 Anayasası-Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, Alkım, İstanbul, 1998.
- ARDIÇOĞLU M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, ss.20-51.
- DURAN Lûtfi, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, **İÜHFM**, C.30, S.3-4, 1964, ss.466-492.
- DURAN Lûtfi, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 4, S.1-3, 1983, ss.33-42.
- GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C.II, Ekin, Bursa, 2011.
- GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1965.
- ONAR Sıddık Sami, “Amme hukukunda hukukî tasarruflar ve kazaî mürakabe”, **Cemil Birselle Armağan**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1939, ss.275-335.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ÖZTÜRK Kazım, **1975 Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1975.
- SAĞLAM Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984, ss.261-271.
- SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11. Bası, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997.
- TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1987, ss.203-216.
- TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- TAŞDÖĞEN Salih, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (3), 2016, ss.937-966.

TEKBAŞ Abdullah, Türk Hukukunda Bakanlar Kurulu Kararları, **Türk İdare Dergisi**, Aralık 2002, ss.39-79.

TEZİÇ Erdoğan, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1972.

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2017.

UYGUN Oktay, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1992.

ÜLGEN Özen/ŞİRİN Tolga, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkan Kararnamesi”, **Güncel Hukuk**, Sayı 170, Mart-Nisan 2018, ss.30-32.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta, İstanbul, 1996.

Güveni Kötüye Kullanma Suçu

Dr. Öğr. Üyesi Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU*

Öz: Güveni kötüye kullanma suçu Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesinde düzenlenmiştir. Suçla korunan hukuksal değer mülkiyet hakkı ve zilyetliktir. Suçun mağduru ise malik veya zilyettir. Suçun faili malın zilyetliği kendisine devredilmiş kimsedir. Bu nedenle bir özgü suç söz konusudur. Suçun konusunu zilyetliği devredilmiş mallar teşkil eder. Bu malların taşınır veya taşınmaz olması mümkündür. Görevi kötüye kullanma suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun oluşumu için, failin zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunması veya bu devir olgusunu inkar etmesi gerekir. Suç şikayete tabidir. Fail şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca hükmün ikinci fıkrasında suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mala karşı suçlar, güveni kötüye kullanma, zilyetlik, mülkiyet, tasarrufta bulunma.

The Crime of Abuse of Trust

Abstract: The crime of abuse of trust is regulated in Article 155 of the Turkish Penal Code. The legal value protected by this crime is the right to property and possession. Accordingly, the victim of this crime can be proprietor or possessor. The perpetrator of the offence is the person whom the possession of the property was transferred. Therefore, there is a status offence in this provision. Properties that their possessions were transferred, are the subject of the crime. It is possible for these goods to be movable or immovable. The crime of abuse of trust may be committed in more than one way. For the crime to be committed, the perpetrator should deny the transfer or dispose the property out of purpose. Prosecution of the offence depends on complaint. The perpetrator shall be sentenced to a penalty of imprisonment from six months to two years and a judicial fine, upon the complaint. Besides, aggravating circumstances of this crime are stated in the second paragraph of the article.

Keywords: Offences against property, abuse of trust, possession, ownership, disposal.

* Makale gönderim tarihi: 10.05.2018. Makale kabul tarihi: 08.06.2018.

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (ainceoglu@bilgi.edu.tr).

I. GENEL OLARAK

Güveni Kötüye Kullanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmın "malvarlığına karşı suçlar" başlıklı onuncu bölümünde 155. maddede yer almaktadır. Madde metni şu şekildedir;

“Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur”.

Maddenin ilk fıkrasında suçun temel şekli, ikinci fıkrasında ise nitelikli hali düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 167., 168, ve 169. maddeleri de, güveni kötüye kullanma suçu incelenirken dikkate alınmalıdır. Türk Ceza Kanunu'nda güveni kötüye kullanma suçu ile benzerlik gösteren başka suçlara da yer verilmiştir. Bu nedenle güveni kötüye kullanma, hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet ve mala zarar verme suçları arasındaki ayrımları kısaca belirtmekte fayda vardır. Güveni kötüye kullanma suçunda mal, failin zilyetliğine mağdurun rızası ile devredilmiştir. Buna karşılık hırsızlık suçunda, malın mağdurun rızası olmaksızın alınması sözkonusudur. Ayrıca hırsızlık suçu, sadece taşınabilir mallar üzerinde işlenebilir iken, güveni kötüye kullanma suçunun konusunu taşınmaz mallar da oluşturmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunun dolandırıcılık suçundan farkı ise, dolandırıcılık suçunda fail, hile ile malı elde etmektedir. Oysa güveni kötüye kullanma suçunda mağdur ile fail arasında bir güven ilişkisi kurulmakta ve buna dayalı olarak malın zilyetliği faile devredilmektedir. Zimmet suçunda ise güveni kötüye kullanma suçundan farklı olarak, malın zilyetliği kamu görevlisi olan bir kişiye görevi nedeniyle devredilmekte ve fail, bu malı görevinin kendisine verdiği yetkileri kötüye kullanarak mal edinmekte, sahiplenmektedir. Son olarak mala zarar verme suçunda, güveni kötüye kullanma suçunda olduğu

gibi malın bir güven ilişkisi sonucu ele geçirilmiş olması gerekmemektedir ve mala zarar verme suçu, başkasına ait taşınır veya taşınmaz malı kısmen veya tamamen yıkmak, tahrip etmek, yok etmek, bozmak, kullanılamaz hale getirmek veya kirletmek suretiyle işlenebilmektedir.

II. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Güveni kötüye kullanma suçu, “Malvarlığına Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmektedir ve bu suç ile korunan hukuksal değer her şeyden önce mülkiyettir¹. Zira hükümde failin mal üzerinde tasarruf etmesi suç olarak

¹ ÖZGENÇ İzzet, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.71; KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.629; CENTEL Nur / ZAFER Hamide/ ÇAKMUT Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt 1, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.463; SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.435; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAŞIZ Pınar/ TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, 2017, s.682; TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ ÖNOK R. Murat, **Ceza Özel Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.739; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, 4. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, 2015, s.378; DÖNMEZER Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.502; ÖNDER Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s.409; MERAN Necati, **Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.23; MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, 3. Cilt, Ankara, 2013, s.2628; MERAKLI Serkan, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, 2009, s.1665; DURSUN, Selman, “Emniyeti Suiistimal Suçu”, **İÜHFİM**, C. LVII, S. 1-2, 1999, s.5; SARSIKOĞLU Şenel, **Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.38; TANERİ Gökhan, **Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s.171; ATALAN Mustafa, **Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.632; CÜSTAN Semray, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s.7; CANPOLAT Can, 5237 Sayılı TCK.’da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s.38; KÖSE Hamid, Emniyeti Suiistimal (Güveni Kötüye Kullanma) Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s.40; ÇAKIR Rasim Can, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s.33. Alman hukukunda da korunan hukuksal değer mülkiyet hakkı olduğu kabul edilmektedir. WESSELS Johannes/ HILLENKAMP Thomas, “İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar” (Çeviren: İlker

düzenlenmiştir ve kural olarak mal üzerinde tasarruf edebilme yetkisi sadece maliktedir. Failin tasarrufları hiç şüphesiz malikin mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. Nitekim 155. maddenin gerekçesinde de bu suç ile korunan hukuksal değer her şeyden önce mülkiyet olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Suçun oluşabilmesi için malın zilyetliğinin faile devredilmesi gerekir. Malın zilyetliğinin mutlaka malik tarafından devredilmesi ise zorunlu değildir. Zilyetliği faile devreden kimse, fail inkar etmediği sürece, kendisi de dolaylı zilyet kalmaya devam edecektir. Zilyetliğin devri olgusunun inkarı, hükümde suç olarak düzenlenen fiillerden biridir. Zilyetliğin devri olgusunun inkarı ile birlikte, zilyetliği devreden dolaylı zilyetliği sona ermektedir. Burada belirtmek gerekir ki, anılan fiilin bir suç olarak düzenlenmesinin nedenlerinden biri de, malı devreden zilyedin bu dolaylı zilyetliğinin korunmasıdır. Diğer bir ifadeyle kanaatimizce zilyetlik de hüküm ile korunan hukuksal değerlerden biridir².

Doktrinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulması veya bu devir olgusunun inkar edilmesi halinde, kişilerin arasındaki sözleşmesel güven ilişkisinin de zedelendiği ve güveni kötüye kullanma suçu ile mülkiyetin yanı sıra ayrıca hukuki ilişkiye dayalı güvenin de korunduğu ileri sürülmektedir³. Madde gerekçesinde de benzer şekilde, sözleşme ilişkisinin gereği olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerektiği ifade edilmektedir.

Kanaatimizce bu hususa tereddütle yaklaşmak gerekir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, sözleşmeye dayalı bir hukuksal değer, ceza hukuku ile korunması kural olarak gereksizdir. Sözleşmeye aykırılık hallerinin pek çoğunda az ya da çok bir güven ilişkisinin zedelenmesi söz konusudur, ancak ceza hukukunun bu hallerde sözleşmeye aykırı davranan kişileri cezalandırmadığı ve sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiyi ceza hukuku normları ihdas ederek korumaya çalışmadığı aşıkardır. “*Ultima ratio*” ilkesi gereği, suç ihdası

Tepe), **Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk** (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.183.

² CENTEL ve diğ., 2017, s.463; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.682; SARSIKOĞLU, 2014, s.38; TANERİ, 2013, s.171; ATALAN, 2018, s.632; MERAKLI, 2009, s.1665.

³ TEZCAN ve diğ., 2017, s.739, 740; ÖZGENÇ, 2002, s.71; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.682; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.629; DURSUN, 1999, s.6; SARSIKOĞLU, 2014, s.38; MERAKLI, 2009, s.1665; TANERİ, 2013, s.171; MERAN, 2014, s.23; CÜSTAN, 2006, s.7; CANPOLAT, 2009, s.38; KÖSE, 2009, s.40, 41; ÇAKIR, 2016, s.33.

sadece “son sınırdaki durumlar için son sınırdaki araçlar” olarak kullanılmamıştır⁴. Bu bağlamda ceza hukuku, haksız fiilden kaynaklı bazı ağır hukuki değer ihlallerini suç olarak düzenlenmekte iken, sözleşmeye aykırı davranışlar ceza hukukunun konusunu oluşturmamakta ve medeni hukuk tarafından yaptırıma bağlanmaktadır. Bu durumda sözleşmesel bir güvenin ceza hukuku ile korunduğunun ifade edilmesi bu temel ilke ile bağdaşmamaktadır.

Bunun yanı sıra mülkiyet hakkının yanı sıra taraflar arasındaki sözleşmesel güven ilişkisi de korunuyor olsaydı, hiç şüphesiz güveni kötüye kullanma suçunun yaptırımının yine mülkiyet hakkının korunduğu hırsızlık suçunun yaptırımından daha hafif olmaması gerekirdi. Oysa kanun koyucu güven ilişkisinin varlığını tam tersine daha hafif bir yaptırıma yol açacak bir husus olarak değerlendirmiştir.

Bununla birlikte bu suç açısından güven kuşkusuz önemlidir. Esasen suçun isminin güveni kötüye kullanma olması dahi bunu göstermektedir. Ancak burada sözleşmesel bir güven ilişkisi değil, zilyetliği devreden kimsenin, mülkiyet hakkının ihlal edilmeyeceğine veya zilyetliğinin devam edeceğine ilişkin güveni korunmaktadır⁵. Ancak bu durum kanaatimizce taraflar arasındaki “güveni” başlı başına korunan bir hukuksal değer haline getirmeye yeterli değildir. Hüküm ile nihai olarak korunmak istenen güven ilişkisi değil, mülkiyet hakkı ve zilyetliktir⁶.

Belirtmek gerekir ki, bu tartışmanın önemli bazı pratik sonuçları da mevcuttur. Sözleşmesel güven ilişkisinin de korunan hukuksal yararlarından biri olduğunu kabul eden hakim görüş, bunun doğal sonucu olarak hükmü geniş yorumlama ve “yetkisi olmadığı halde malın kullanılması” ya da “malın sürenin geçmesine rağmen malın iade edilmemesi” gibi aslında salt özel

⁴ KARSAİ Krizstina, “Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki” (Çeviren: Tuba Kelep Pekmez), *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 1, 2015, s.314.

⁵ Nitekim bu suçun oluşabilmesi için geçerli bir sözleşmenin varlığı gerekli değildir, zilyetliğin devri olgusu yeterlidir. Örneğin taraflar arasındaki kira sözleşmesi geçersiz dahi olsa, zilyetliği devralan failin yaptığı tasarruflar suç teşkil edecektir. Bu durum dahi başlı başına bu hükümle korunmak istenen hukuksal değer, taraflar arasındaki “sözleşmesel” güven ilişkisi olmadığını ortaya koymaktadır.

⁶ Bu noktada hükümde her türlü güven ihlalinin bir suç olarak düzenlenmemiş olduğuna dikkat çekmek gerekir. Örneğin aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere, failin, saklamak üzere aldığı bir malı yetkisi olmadığı halde kullanması güveni kötüye kullanma suçunu meydana getirmemektedir. Oysa hükümde amaçlanan taraflar arasındaki güven ilişkisinin korunması olsaydı, hiç şüphesiz bu durumun da hükmün kapsamına girmesi gerekirdi.

hukuku ilgilendirmesi gereken uyuşmazlıkları da ceza hukuk yaptırımına bağlama eğilimi göstermektedir⁷. Ancak bu yaklaşımın yukarıda da vurguladığımız “*ultima ratio*” ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsur

A- Fail

Başkasına ait bir malın zilyetliği, muhafaza edilmek veya belirli bir şekilde kullanılmak üzere kendisine devredilmiş kişiler, güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilir. Bir diğer ifade ile güveni kötüye kullanma suçu, özgü suç niteliğindedir⁸. Böylece zilyetliğin devri söz konusu olmaksızın, bir malı sadece bulan bir kimsenin bu suçun faili olmayacağı açıktır⁹.

Malikin bu suçun faili olması mümkün değildir¹⁰. Gerekçeye göre paylı mülkiyet ya da elbirliği mülkiyeti söz konusu olsa dahi durum böyledir. Paydaşlar ya da elbirliği ile malik olanlar bu suçun faili olamazlar¹¹. Buna karşılık hakim görüş aksi yöndedir¹². Tüzel kişiler açısından ise konu açıktır.

⁷ Bu görüşteki yazarlar için bkz. dipnot 118 ve dipnot 122.

⁸ CENTEL ve diğ., 2017, s.464; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.629; TEZCAN ve diğ., 2017, s.740; SARSIKOĞLU, 2014, s.65; DİKMENER Harun Raşit, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s.27.

⁹ HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.380; MERAKLI, 2009, s.1673. Önder’e göre, bir kimse, kaybolan eşyanın aranması ile görevlendirilmiş ise, bulunduğu mal açısından bu suçun faili olabilir. ÖNDER, 1994, s.412.

¹⁰ ÖZGENÇ, 2002, s.73; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.630; SOYASLAN, 2012, s.436; YAŞAR Osman/ GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 4. Cilt, Md.141-196, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.4999; MERAN, 2014, s.24; ATALAN, 2018, s.634; CÜSTAN, 2006, s.15; DİKMENER, 2017, s.27. Aksi görüşte, MERAKLI, 2009, s.1682; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.683. Aksi görüşteki yazarlara göre, malikin zilyede karşı suçun faili olması mümkündür.

¹¹ ÖZGENÇ, 2002, s.73; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.630; MALKOÇ, 2013, s.2628; MERAN, 2014, s.24; TANERİ, 2013, s.177.

¹² Paylı mülkiyete paydaşın bu suçun faili olabileceği görüşünde, CENTEL ve diğ., 2017, s.464; CANPOLAT, 2009, s.58; KÖSE, 2009, s.48. Hem paylı hem de elbirliği mülkiyeti halinde birlikte maliklerden birinin diğerlerine karşı bu suçun faili olabileceği görüşünde, ÖZBEK ve diğ., 2017, s.683; ÖNDER, 1994, s.410; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5001; SARSIKOĞLU, 2014, s.67; MERAKLI, 2009, s.1672; DURSUN, 1999, s.15; ATALAN, 2018, s.634; CÜSTAN, 2006, s.15; DİKMENER, 2017, s.38.

Bir tüzel kişinin yöneticileri veya çalışanlarının yanı sıra ortaklarının da, tüzel kişinin malları açısından bu suçun faili olabilecekleri haklı olarak ifade edilmektedir¹³. Zira ortaklar tüzel kişinin malları üzerinde mülkiyet hakkına sahip değildirler.

Yukarıda da ifade edildiği üzere suçun faili, malın zilyetliği kendisine devredilmiş olan kimsedir. Bu nedenle zilyet yardımcıları, zilyedin gözetimi ve fiili egemenliği altında malı elinde bulundurabileceklerinden, diğer bir ifadeyle kendilerine zilyetlik devredilmediğinden bu suçun faili olamayacaklardır¹⁴. Örneğin, evdeki yardımcıya evi süpürmesi için elektrik süpürgesi verilmişse ve yardımcı süpürgeyi alıp kaçarsa, bu halde oluşabilecek suç, hırsızlıktır¹⁵. Aynı durum dükkanda elbise deneyen kimseler açısından da geçerlidir¹⁶.

Bu noktada Türk Ceza Kanunu'nun 289. maddesinin varlığına dikkat çekmek gerekir. Muhafaza edilmek üzere bir kimseye rehinli, hacizli veya herhangi bir nedenle el konulmuş malın “resmen” teslim edilmesi halinde, bu kişinin teslim amacı dışında yaptığı tasarruf işlemi muhafaza görevini kötüye kullanma suçunu teşkil edecektir. Diğer bir ifadeyle muhafaza edilmek üzere kendisine rehinli, hacizli veya herhangi bir nedenle el konulmuş malın “resmen” teslim edildiği kimsenin bu suçun faili olması mümkün gözükmemektedir.

B- Mağdur

Suçun mağduru, öncelikle suçun konusu malın malikidir¹⁷. Hükümdeki seçimlik hareketlerden birinin mal üzerinde tasarruf etme fiili olması karşı-

¹³ TEZCAN ve diğ., 2017, s.742, 743; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.630, 631; TANERİ, 2013, s.175; MERAKLI, 2009, s.1672; DİKMENER, 2017, s.38.

¹⁴ TEZCAN ve diğ., 2017, s.740. CENTEL ve diğ., 2017, s.471, 472; TANERİ, 2013, s.176; KÖSE, 2009, s.60; ÇAKIR, 2016, s.55; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5007; SARSIKOĞLU, 2014, s.87.

¹⁵ Esasen bu husus doğaldır. Zira güveni kötüye kullanma suçunda, hırsızlıktan farklı olarak güven unsuru mevcuttur. Güven ilişkisinin mevcut olmadığı ya da zayıf olduğu durumlarda güveni kötüye kullanma suçu değil, daha ağır bir yaptırıma tabi olan hırsızlık suçu ortaya çıkacaktır. Yardımcının malı evin içinde kullandığı durumlarda hükümde aranan derecede bir güvenin mevcut olmadığı açıktır.

¹⁶ Teslime rağmen malın zilyetliğinin devredilmemesi detaylı olarak aşağıda ele alınacaktır.

¹⁷ CENTEL ve diğ., 2017, s.466; TEZCAN ve diğ., 2017, s.740; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.630; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.378; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5002; SARSIKOĞLU, 2014, s.69; ATALAN, 2018, s.631; MERAKLI, 2009, s.1682.

sında, malikin mağdur kabul edilmesi gerektiğinde tereddüt etmemek gerekir. Zira mal üzerinde tasarruf etme yetkisi kural olarak sadece maliktedir¹⁸ ve mal üzerinde bir başkasının tasarrufu, malikin mülkiyet hakkını zedeleyecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, mağdur, fail tarafından tasarruf işleminin yapıldığı veya devir işleminin inkar edildiği andaki maliktir. Zilyetliğin faile önceki malik tarafından devredilmiş olması da bu sonucu değiştirmemelidir. Zira ancak tasarruf işleminin yapıldığı anda mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere malın zilyetliğinin mutlaka malik tarafından devredilmesi zorunlu değildir. Bu gibi hallerde malik olmayan zilyedin de mağdur olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır¹⁹. Hakim görüş bunu kabul etmektedir²⁰. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere kanaatimizce zilyetlik, suç ile korunan hukuksal değerlerden biridir. Bu nedenle zilyedin de mağdur olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak bunun için bu kimsenin, dolaylı zilyetliğini sürdürmek üzere malı faile teslim etmiş olması gerekir. Örneğin kargo görevlisi zilyetliği devrederken dolaylı zilyetliğini sürdürme iradesine sahip değildir. Bu durumda bu kimsenin suçun mağduru olmasına olanak bulunmamaktadır.

Aynı anda hem malikin hem de zilyedin mağdur olması, tek bir suçun mevcut olduğu sonucunu değiştirmemelidir. Zira suçun konusunu tek bir mal teşkil etmektedir. Nasıl ki mala karşı işlenen suçlarda, malın birden fazla maliki olsa bile tek bir suçun mevcudiyetini kabul etmek gerekiyorsa²¹, malikin ve zilyedin farklı olduğu hallerde de aynı sonuca ulaşılması gerekir.

¹⁸ OĞUZMAN M. Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.274, 275.

¹⁹ Zilyedin mağdur olmadığı, bu nedenle şikayet hakkına sahip olmadığı yönünde, TEZCAN ve diğ., 2017, s.740.

²⁰ CENTEL ve diğ., 2017, s.466; MERAKLI, 2009, s.1682; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.684; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5002; SARSIKOĞLU, 2014, s.69; ATALAN, 2018, s.631; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.630. Ancak Koca/Üzülmmez, bu gibi hallerde, zilyedin mağdur, malikin ise suçtan zarar gören olduğu görüşündedir.

²¹ Hırsızlık suçunun birden fazla kişinin ortak olduğu bir mal üzerinde işlenmesi halinde, failin zincirleme suçtan sorumlu tutulamayacağı, tek bir suçun mevcut olduğu kabul edilmektedir. YAŞAR ve diğ., 2014, s.4515.

C- Suçun Konusu

a- Mal

Mal, üzerinde hakimiyet kurulabilen ve maddi bir bütünlüğü olan şeyler olarak tanımlanmaktadır²². Hiç şüphesiz mal kavramının içine her şeyden önce eşyalar girmektedir. Hukuki anlamda eşya, üzerinde ferdi hakimiyet sağlanabilecek, iktisadi bir değer taşıyan, kişi dışı cismani varlıklardır²³.

Buna karşılık mal ifadesi eşya kavramından daha geniştir. Malın mutlaka ekonomik bir değerinin olmasına gerek yoktur²⁴. Örneğin bir kimseye ait mektupların, kural olarak ekonomik bir değeri bulunmasa da suçun konusunu teşkil etmesine bir engel gözükmemektedir. Buna karşılık bir maldan söz edebilmek için cismani bir varlığın söz konusu olması gerektiği açıktır²⁵. Bu nedenle mal niteliği taşımayan fikri ve sınai hakların hükmün kapsamına girmediği kabul edilmelidir. Örneğin bilgisayar programları açısından durum böyledir.

Eşyanın misli veya gayri misli olmasının bir önemi yoktur²⁶. Hatta tüketime tabi misli mallar dahi bu suçun konusunu oluşturabilir. Ancak bu noktada Türk Borçlar Kanunu'nun 386. maddesine dikkat çekmek gerekir. Söz konusu hüküm, tüketime tabi mallar ödünç olarak verildiğinde, malın tüketilmesi yetkisinin de geçtiğini kabul etmektedir. Ödünç alan aynı nitelikte ve miktarda malı geri vermekle yükümlüdür. Buna tüketim ödünçü denmektedir. Bir çuval pirincin ya da 20 kilo tuğlanın ödünç olarak verilmesi halinde durum böyledir. Bu durumda tüketme, zilyetliğin devri amacına uygun olacak ve suç oluşmayacaktır. Buna karşılık malın saklanmak üzere veya rehin olarak devredildiği hallerde kanaatimizce tüketme olgusu ile suç oluş-

22 CENTEL ve diğ., 2017, s.466; ÖNDER, 1994, s.409; MERAKLI, 2009, s.1668.

23 OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.8.

24 ÖZBEK ve diğ., 2017, s.682; MERAKLI, 2009, s.1668, 1669; SOYASLAN, 2012, s.436; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5003; SARSIKOĞLU, 2014, s.75; TANERİ, 2013, s.173; DİKME-
NER, 2017, s.37.

25 AKİPEK Jale G./ AKINTÜRK Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.25.

26 KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.631; DÖNMEZER, 2001, s.509; MERAKLI, 2009, s.1669; DURSUN, 1999, s.15 TÜMERKAN Somay, "Emniyeti Suistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değerlendirilmesi Sorunu", **İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan**, C. 45, S.1-4, 1979-1981, s.344; CÜSTAN, 2006, s.14; CANPOLAT, 2009, s.78. Aksi görüşte, KÖSE, 2009, s.56.

muş olacaktır²⁷. Zira bu gibi hallerde failin tüketme yetkisi mevcut değildir²⁸. Aynı nitelikte malın daha sonra iade edilmesi bu sonucu değiştirmeyecektir.

Doktrinde mal ifadesinin, parayı da kapsadığı kabul edilmektedir²⁹. Yargıtay'ın da aynı yönde kararları mevcuttur³⁰. Kanaatimizce teorik olarak para mal olarak nitelendirilebilse dahi, paranın güveni kötüye kullanma suçunun konusunu teşkil etmesine çoğun zaman tereddütle yaklaşmak gerekir. Zira zilyetliğinin devri ile birlikte paranın mülkiyeti çoğu zaman zilyetliği devralana geçmekte ve devreden sadece bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Üstelik diğer tüketime tabi mallardan farklı olarak sözleşmenin bir ödünç ya da saklama sözleşmesi olması da sonucu değiştirmez. Çünkü paranın mülkiyeti, karışma sebebi ile karşı tarafa geçmektedir³¹. Mülkiyet hakkını karşı tarafa devreden ve sadece bir alacak hakkına sahip olan kimse, bu suçun mağduru olarak kabul edilemez. Kaldı ki paranın mülkiyetini kazanan kimse, para üzerinde dilediği gibi tasarruf etme yetkisi ortaya çıkmaktadır. Oysa hükümde, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmaktan söz edilmektedir. Bu nedenle de paranın kural olarak hükmün kapsamına girmemesi gerekir³². Her ne kadar Yargıtay'ın aksi yönde pek çok kararı bulunsa

²⁷ Tüketime tabi malların kira sözleşmesinin konusunu teşkil etmesi ise işin niteliğine uygun düşmediği için mümkün görülmemektedir. İNCEOĞLU M. Murat, **Kira Hukuku**, Cilt I, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.9.

²⁸ Türk Borçlar Kanunu'nun 570. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "*Saklayan, saklatan taraftan kendisine açıkça yetki verilmedikçe, saklanan diğer misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunamaz*".

²⁹ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.631; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.380; SOYASLAN, 2012, s.436; ÖZGENÇ, 2002, s.73; MERAN, 2014, s.24; MERAKLI, 2009, s.1669; CANPOLAT, 2009, s.78; DİKMENER, 2017, s.38. Aksi görüşte, KÖSE, 2009, s.56.

³⁰ Yargıtay, kahvehanede ücret karşılığı işçi olarak çalışan çocuğun, değişik esnaflara sattığı çayların paralarını esnaftan toplayarak kahvehane sahibine vermeyip harcamasını güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmiştir. Y. 15. CD, E. 2011/ 14954, K. 2012/ 39630, 20.06.2012. Sanığın, kendisine verilen vekaletname kapsamında aldığı emekli maaşlarını, talep etmesine rağmen hak sahibine iade etmemesi de yine Yargıtay tarafından güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirilmiştir. Y. 15. CD, E. 2011/ 14530, K. 2012/ 39411, 18.06.2012. Aynı şekilde sigorta acentelik sözleşmesi gereği tahsil ettiği parayı iade etmeyen kişinin fiili de, güveni kötüye kullanma suçu olarak kabul edilmiştir. Y. 15. CD, E. 2011/ 14890, K. 2012/ 39908, 26.06.2012. Kararlar için bkz. TANERİ, 2013, s.213, 214, 215.

³¹ SEROZAN Rona, **Eşya Hukuku**, cilt I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.327, 328; OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.757, 758.

³² SOYASLAN, 2012, s.436; KÖSE, 2009, s.56.

da³³, hiç şüphesiz aynı husus tahsil yetkisi verilen kimsenin tahsil ettiği parayı iade etmemesi halinde de geçerlidir. Zira, karışma ile paranın mülkiyetini kazanan kimsenin, suçu işlediğinden bahsedilemeyecektir. Paranın suçun konusunu teşkil etmemesine ilişkin kabul edilebilecek tek istisna, paranın bir zarf içinde veya benzeri şekilde teslim edilmiş olmasıdır³⁴. Paranın bu şekilde teslimi halinde, karışma gerçekleşmeyeceği için, mülkiyet hakkı da zilyetliği devralana geçmeyecektir ve doğal olarak para üzerindeki tasarruflar, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.

Suçun konusu malın, taşınmaz eşya olup olamayacağı da tartışmalıdır. Hakim görüş bunun mümkün olduğunu kabul etmektedir³⁵. Esasen hükümde taşınır eşya yerine mal ifadesine yer verilmiş olması karşısında taşınmaz malların da suçun konusunu teşkil etmesine bir engel gözükmemektedir³⁶. Maddenin gerekçesi de bu görüşü desteklemektedir.

Doktrinde bir görüş malın mutlaka maddi bir bünyeye sahip olması gerekmediği, önemli olanın bir malvarlığı değeri olması gerektiğini ifade

³³ Yargıtay, pazarlama elemanının tahsil ettiği parayı şirkete teslim etmemesini, güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirmiştir. Y. 15. CD, E. 2012/9380, K. 2012/41073, 11.09.2012; Y. 15. CD, E. 2012/10580, K. 2012/40889, 10.09.2012. Kararlar için bkz. TANERİ, 2013, s.194, 195, 196. Aynı yöndeki bir başka kararda da acentenin aracı olarak tahsil ettiği paraları şirkete ödememesi, güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Y. 15. CD, E. 2012/10583, K. 2012/42206, 26.09.2012. Karar için bkz. TANERİ, 2013, s.194. Benzer bir karar da avukatın tahsil ettiği parayı ödememesine ilişkindir. Y. 15. CD, E. 2012/3556, K. 2012/35328, 19.04.2012. Karar için bkz. TANERİ, 2013, s.203.

³⁴ Aynı doğrultuda, SOYASLAN, 2012, s.436.

³⁵ CENTEL ve diğ., 2017, s.462; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.682, 683; SOYASLAN, 2012, s.436; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.631; ÖZGENÇ, 2002, s.72; EREM Faruk/ TOROSLU Nevzat, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1987, s.616; DURSUN, 1999, s.14; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5004; SARSIKOĞLU, 2014, s.75; TANERİ, 2013, s.173; MALKOÇ, 2013, s.2628; MERAN, 2014, s.24; CÜSTAN, 2006, s.13; CANPOLAT, 2009, s.38; KÖSE, 2009, s.55; ÇAKIR, 2016, s.42. Y. 15. CD, E. 2013/4524/K. 2014/20771, 09.12.2014. Karar için bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.636, dipnot 458.

³⁶ Aksi görüşte, HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.378, 379; ÖNDER, 1994, s.409. Aksi görüşteki yazarların temel dayanağı, taşınmazlarda mülkiyetin nakli ya da sınırlı ayni hak kurulması işlemlerini tapuda malik olarak gözükmeyen zilyedin yapmasının mümkün olmamasıdır. Ancak yine de taşınmazların da hükmün kapsamına girdiğinde tereddüt edilmemelidir. Zira fail tapulu taşınmazlar üzerinde hukuki tasarruflarda bulunamayacak ise de, binanın yıkılması gibi fiili tasarrufları yapabilir. Kaldı ki tapusuz taşınmazlarda zilyedin hukuki tasarruflarda bulunması da mümkündür.

etmekte, bu hususa örnek olarak şirket hisselerini göstermektedir³⁷. Kanaatimizce maddi bir bünyeye sahip olmayan şeylerin zilyetliğinin devri mümkün değildir ve bu nedenle bu tür haklar söz konusu suçun konusunu teşkil edemezler. Şirketin hisseleri sadece bir ortaklık hakkı vermekte ve bu nedenle de bu suçun konusunu teşkil etmemektedir. Alacak hakları açısından da durum böyledir. Hisseleri veya alacağı temsil eden kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerinin devri ise ayrı bir tartışma konusudur.

Gerçekten de bu noktada kıymetli evrakın üzerinde durulmalıdır. Konişmento ya da emtia senedi gibi malı temsil eden kıymetli evrakın bu hükümde kastedilen anlamda bir mal olduğu konusunda tereddüt etmemek gerekir. Zira bu gibi hallerde malın zilyetliği devrilmese de malı temsil eden senedin teslimi ile malın mülkiyeti üzerinde tasarruf edilebilmektedir. Buna karşılık hisse senetleri bakımından durum farklıdır. Hisse senetleri bir malı değil, ortaklık hakkını temsil etmektedir. Bu nedenle de hisse senetlerinin suçun konusunu teşkil edememesi gerekir. Poliçe, bono ve çek gibi kambiyo senetleri açısından ise durum evleviyetle böyledir. Zira bu senetler esasen sadece bir alacak hakkı yaratmaktadır. Doktrinde hakim görüş ise, tam tersine bir hakkın bir maddi varlık haline getirildiği hallerde suçun oluşabileceğini kabul etmektedir³⁸. Diğer bir ifadeyle hakim görüş, gerek hisse senetlerinin, gerekse de kambiyo senetlerinin bu suçun konusunu oluşturabileceği yönündedir. Yargıtay'ın da aynı yönde kararları mevcuttur³⁹.

b- Malın Başkasına Ait Olması

Suçun maddi konusu olan malın, güveni kötüye kullanma suçunun failine değil bir başkasına ait olması gerekir⁴⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, malın

³⁷ ÖZGENÇ, 2002, s.72, 73; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.631.

³⁸ CENTEL ve diğ, 2017, s.466; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.631; ÖZGENÇ, 2002, s.72, 73; EREM/ TOROSLU, 1987, s.619; MERAKLI, 2009, s.1669; MALKOÇ, 2013, s.2629; TANERİ, 2013, s.174; CÜSTAN, 2006, s.15; CANPOLAT, 2009, s.75.

³⁹ Yargıtay bir kararında şirket adına tahsil edilen para ve çeklerin şirkete teslim edilmemesini güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirmiştir. Y. 15. CD, E. 2012/ 9411, K. 2012/ 42254, 27.09.2012. Bir başka kararında Yargıtay, sanığın alacaklı kooperatife verilmek üzere düzenlenmiş çeki götürebileceğini söyleyerek alması ve ilgili kooperatife götürmek yerine ticari ilişkide bulunduğu başka bir kişiye borcuna karşı vermesi fiillerini de güveni kötüye kullanma suçu olarak kabul etmektedir. Y. 15. CD, E. 2012/ 7990, K. 2012/ 41165, 12.09.2012. Kararlar için bkz. TANERİ, 2013, s.195, 196.

⁴⁰ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.630; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.380.

mutlaka zilyetliği devredene ait olmasına gerek yoktur⁴¹. Üçüncü bir kişiye ait malın zilyetliğinin devri halinde de malın başkasına ait olması unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Burada tartışılması gereken ilk husus, elbirliği ile mülkiyet veya paylı mülkiyette, birlikte maliklerden birinin bu suçu diğerlerine karşı işleyip işlemeyeceğidir. Örneğin paydaşlardan birinin mal üzerinde tek başına tasarruf etmesi halinde durum böyledir. Doktrinde bir görüş burada güveni kötüye kullanma suçunun mevcudiyetinden bahsedilemeyeceğini kabul etmektedir. Zira bu gibi hallerde bu kimse de malın maliklerinden biridir ve bu nedenle de başkasına ait bir maldan söz etmek mümkün değildir⁴². Bu husus gerekçe de ifade edilmiştir. Ancak hakim görüş aksi yöndedir⁴³. Buna karşılık bir tüzel kişiliğin varlığı halinde durum açıktır. Tüzel kişinin ortaklarının mal üzerinde bir mülkiyet hakları mevcut değildir ve bu kişilerin hükümde öngörülen hareketleri gerçekleştirmeleri halinde suç meydana gelecektir⁴⁴.

Zilyetliğin devri ile birlikte mülkiyet hakkının da devralana geçtiği hal-lerde artık mal “başkasına ait” olmayacağından, hükmün uygulama alanı bulmaması gerekir⁴⁵. Hükümde korunan hukuksal değer esas olarak mülkiyet hakkıdır ve mülkiyet hakkını karşı tarafa devreden, sadece bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Alacak hakkı, bu hüküm ile korunan hukuksal değerlerden biri değildir. Esasen hükümde “muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere” zilyetliği kendisine devredilmiş olan ifadesinin kullanılmış olması da bu hususu destekler niteliktedir. Bu açıklamalar yu-

41 ÖZGENÇ, 2002, s.73.

42 ÖZGENÇ, 2002, s.73; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.630; MALKOÇ, 2013, s.2628; MERAN, 2014, s.24; TANERİ, 2013, s.177.

43 Paylı mülkiyet halinde suçun oluşabileceği görüşünde, CENTEL ve diğ., 2017, s.464; CANPOLAT, 2009, s.58; KÖSE, 2009, s.48. Hem paylı hem de elbirliği mülkiyeti halinde suçun oluşabileceği görüşünde, ÖZBEK ve diğ., 2017, s.683; ÖNDER, 1994, s.410; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5001; SARSIKOĞLU, 2014, s.67; ATALAN, 2018, s.634; MERAKLI, 2009, s.1672; DURSUN, 1999, s.15; CÜSTAN, 2006, s.15; DİKMENER, 2017, s.38.

44 TEZCAN ve diğ., 2017, s.742, 743; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.630, 631; TANERİ, 2013, s.175; MERAKLI, 2009, s.1672; DİKMENER, 2017, s.38.

45 SOYASLAN, 2012, s.436; TEZCAN ve diğ., 2017, s.743; CENTEL ve diğ., 2017, s.469; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.684; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.380; DÖNMEZER, 2001, s.506; TANERİ, 2013, s.176; MERAKLI, 2009, s.1677; TÜMERKAN, 1979-1981, s.335. Yargıtay 15. Ceza Dairesi ise mülkiyetin geçmesine rağmen, suçun oluştuğunu kabul etmiştir. Y. 15. CD, E. 2013/ 4524, K. 2014/ 20771, 09.12.2014. Karar için bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.636, dipnot 458.

karıda da açıkladığımız üzere her şeyden önce paranın devri için geçerlidir ve para, kural olarak hükmün kapsamında değerlendirilmemelidir⁴⁶. Benzer bir şekilde inançlı temliklerde de hükmün uygulama alanı bulmaması gerekir⁴⁷. İnançlı temliklerde bir kimse, karşı tarafa bir malın mülkiyet hakkını geçirmekte, ancak taraflar malın belirli bir şekilde kullanılması ve kararlaştırılan sürenin sonunda malın devredene iade edilmesi gerektiği yönünde bir inanç anlaşması yapmaktadırlar⁴⁸. Malı devralan, bu inanç anlaşmasına aykırı olarak malın mülkiyetini üçüncü bir kişiye devretse dahi, suç ortaya çıkmayacaktır. Zira mülkiyet hakkını karşı tarafa güvenerek devreden bu durumlarda tek hakkı alacak hakkıdır⁴⁹ ve alacak hakkının ihlali bu suçun kapsamına girmemektedir⁵⁰.

c- Malın Zilyetliğinin Devredilmiş Olması

Güveni kötüye kullanma suçunun konusunu zilyetliği faile devredilmiş olan mallar teşkil etmektedir⁵¹. Zilyetliğin devri kavramı, bir kimsenin önceki zilyedin rızası ile zilyet kılındığı halleri kapsamaktadır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki hükümde 765 sayılı mülga Kanun'dan farklı olarak⁵² malın tevdi ve teslimi değil, zilyetliğin devri aranmıştır. Bu nedenle zilyetliğin havalesi⁵³ gibi zilyetliğin teslimsiz nakli halleri de hükmün kapsamına

46 Önceki açıklamalarımızda, paranın bir zarf içerisinde veya benzer şekilde teslimini bu durumun istisnası olarak belirtmiştik. Doktrinde verilen bir diğer örnek ise, kendisine verilen yetkiden daha fazla parayı bankadan çeken ve sonra bu parayı harcayan kimsenin durumudur. KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.634, 635. Gerçekten de bu gibi hallerde de malikin arzusu sadece yetki verdiği kadar paranın mülkiyetinin geçmesine yöneliktir. Bunun ötesinde daha fazla para çekilmesi halinde bu husus malikin arzusu hilafına olacağı için suçun oluştuğu kabul edilmelidir.

47 TÜMERKAN, 1979-1981, s.339; SARSIKOĞLU, 2014, s.100.

48 OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.380.

49 OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.380, 381.

50 Buna karşılık muvazaalı işlemlerde mülkiyet geçmemiş olacağı için, güveni kötüye kullanma suçu oluşabilir. TÜMERKAN, 1979-1981, s.337, 338; SARSIKOĞLU, 2014, s.99.

51 CENTEL ve diğ, 2017, s.468.

52 Zilyetliğin devri ifadesi ile 765 sayılı eski Kanun'daki tevdi ve teslim ifadelerinin aynı anlamı geldiği yönünde bkz. CENTEL ve diğ, 2017, s.460; TANERİ, 2013, s.176; SARSIKOĞLU, 2014, s.78.

53 Zilyetliğin havalesi, üçüncü kişinin dolaysız zilyetliğinde bulunan bir eşya üzerindeki dolaylı zilyetliğin anlaşmayla başkasına devredilmesi anlamına gelmektedir. NÖMER/ ERGÜNE, 2014, s.28. Malikin kiracının elinde bulunan, yani kiracının dolaysız zilyetliğinde

girmektedir⁵⁴. Malın zilyetliğinin mutlaka malik tarafından devredilmesi zorunlu değildir⁵⁵. Malik olmayan bir kimse tarafından yapılan zilyetlik devirleri de bu unsuru gerçekleştirmeye yeterlidir⁵⁶.

Buna karşılık malın bir üçüncü kişiye teslim edilmiş olduğu her durumda zilyetliğin devredilmiş olduğunu kabul etmeye olanak bulunmamaktadır. Malın teslim edilmiş olmasına rağmen, malikin mal üzerinde fiili egemenliği devam ediyorsa zilyetliğin devredilmemiş olduğu kabul edilmelidir. Öncelikle zilyet yardımcıları açısından durum böyledir⁵⁷. Zilyet yardımcısı, bir kişinin zilyet bulunduğu eşyayı, hiçbir hakimiyet iddia etmeksizin sadece kullanma imkanına sahip olan kişi olarak tanımlanmaktadır⁵⁸. Zilyet yardımcısına evde çalışan yardımcılar örnek gösterilebilir. Aynı şekilde bir işyerinde çalışanların da işyerindeki mallar üzerinde zilyet yardımcısı oldukları kabul edilmelidir⁵⁹. Ayrıca kuyumcunun, dükkanına gelen müşterisine bir yüzüğü denemesi için teslim etmesi de, zilyetliğin devredilmediği hallere örnek olarak gösterilmektedir⁶⁰. Bu durumda da kuyumcunun fiili hakimiyeti sona ermediği için, zilyetliğin devredildiğinden söz edilemez. Bu nedenle de bu gibi kişilerin malı alıp gitmeleri halinde güveni kötüye kullanma suçunun değil, hırsızlık suçunun oluştuğu kabul edilmelidir⁶¹. Fotoğrafını çekmesi

olan bir malı üzerinde sahip olduğu dolaylı zilyetliğini, yeni malike devretmesi ve böylece mülkiyet hakkını geçirmesi halinde durum böyledir. Bu durumda yeni malik malı teslim almadan zilyetliği kazanmakta, ancak kendisi de dolaylı zilyet olmaktadır.

⁵⁴ Bu duruma örnek olarak, yedimeine teslim edilmiş olup da henüz faile teslim edilmemiş mallar gösterilmiştir. TEZCAN ve diğ., 2017, s.745.

⁵⁵ Failin zilyetliği maliki temsilen devralması da mümkündür. Örneğin kargoyu patron adına alan sekreterin durumu böyledir. MERAKLI, 2009, s.1677, 1678.

⁵⁶ CENTEL ve diğ., 2017, s.472; TEZCAN ve diğ., 2017, s.744; DÖNMEZER, 2001, s.504; ÖNDER, 1994, s.412; DURSUN, 1999, s.21, 22; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5009; MALKOÇ, 2013, s.2630; MERAN, 2014, s.24; MERAKLI, 2009, s.1677; CÜSTAN, 2006, s.28.

⁵⁷ TEZCAN ve diğ., 2017, s.740. CENTEL ve diğ., 2017, s.471, 472; TANERİ, 2013, s.176; KÖSE, 2009, s.60; ÇAKIR, 2016, s.55; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5007; SARSIKOĞLU, 2014, s.87.

⁵⁸ OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.60; NOMER Haluk Nami/ ERGÜNE Mehmet Sekan, **Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.18.

⁵⁹ Aynı husus inşaatta bulunan inşaat malzemeleri açısından da geçerlidir. İşçilerin inşaat malzemeleri üzerinde zilyet olmadıkları kabul edilmelidir. Bkz. MERAKLI, 2009, s.1676.

⁶⁰ CENTEL ve diğ., 2017, s.471; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.633; EREM/ TOROSLU, 1987, s.618; ÖNDER, 1994, s.411; TEZCAN ve diğ., 2017, s.744; MERAKLI, 2009, s.1676; CÜSTAN, 2006, s.23.

⁶¹ TEZCAN ve diğ., 2017, s.744.; CENTEL ve diğ., 2017, s.472; OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.60.

için bir kişiye cep telefonun verilmesi halinde de durum benzerdir⁶². Bu kişinin telefonu alıp kaçması hırsızlık suçunu teşkil edecektir⁶³. Kütüphanede okunan kitap⁶⁴, mağazada denenen elbise veya ayakkabı bu durumun diğer örnekleridir⁶⁵.

Zilyetliğin devredilmesi konusunda üzerinde durulması gereken temel hususlardan biri de, zilyetliğin devri için devredenın geçerli bir rızasının bulunması gereğidir⁶⁶. Malın failin evinde unutulması halinde devre yönelik böyle bir rızadan söz edilemeyeceği gibi, ayırtım gücünün olmaması gibi bir nedenle rızanın geçersiz olduğu hallerde de zilyetliğin devrinden söz edilemeyecektir⁶⁷. Bu gibi hallerde malın zilyetliğini aslen kazanan kimsenin davranışları güveni kötüye kullanma değil, olsa olsa hırsızlık suçu teşkil edebilir⁶⁸. Failin söz konusu rızayı vermesinin hileli davranışlarla sağlaması halinde ise dolandırıcılık suçu söz konusu olacaktır⁶⁹.

Her ne kadar zilyetliğin devri çoğu zaman bir sözleşme ilişkisine dayanacak ise de sözleşmenin geçerli olması şart değildir⁷⁰. Sözleşme geçersiz olsa veya irade sakatlıkları nedeniyle iptal edilse dahi, güveni kötüye kullanma suçunun oluşması mümkündür. Önemli olan zilyetliğin devrinin geçerli bir rızaya dayanmasıdır. Örneğin kira sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle

⁶² Aynı doğrultuda, YAŞAR ve diğ., 2014, s.5013, 5014.

⁶³ “...Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.06.2012 gün ve 2011/15-440 E; 2012/229 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi, sanığın, kullanıp kısa sürede iade edilmek üzere, şikayetçi tarafından zilyedliği devredilmeksizin verilen cep telefonunu vermeyip olay yerinden uzaklaşmaktan ibaret eyleminin ‘hırsızlık’ suçunu oluşturduğu gözetilmeden ‘güveni kötüye kullanmak’ suçundan hüküm tesisi...”, Y. 15. CD, E. 2012/ 11414, K. 2012/ 41892, 24.09.2012. Karar için bkz. TANERİ, 2013, s.194. Aynı yönde Y. 15. CD, E. 2012/ 10334, K. 2012/ 41883, 24.09.2012. Karar için bkz. TANERİ, 2013, s.195.

⁶⁴ SOYASLAN, 2012, s.437.

⁶⁵ MERAKLI, 2009, s.1676; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5009.

⁶⁶ ÖZBEK ve diğ., 2017, s.685; TEZCAN ve diğ., 2017, s.743; MERAKLI, 2009, s.1673; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5009; DURSUN, 1999, s.16.

⁶⁷ Adres yanlış yazıldığı için kargonun yanlış kişiye teslimi halinde de geçerli bir rızanın varlığından söz edilemeyecektir. Bu durumda güveni kötüye kullanma suçu da ortaya çıkmayacaktır. ÖNDER, 1994, s.412.

⁶⁸ TEZCAN ve diğ., 2017, s.743.

⁶⁹ CENTEL ve diğ., 2017, s.462; TEZCAN ve diğ., 2017, s.743, 744; EREM/TOROSLU, 1987, s.615; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.682.

⁷⁰ Aksi doğrultuda, KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.635; ATALAN, 2018, s.631; MALKOÇ, 2013, s.2628; TANERİ, 2013, s.177.

geçersiz olsa dahi zilyetliğin devri bu geçersizlikten etkilenmeyecek ve kiracının mal üzerindeki tasarruf işlemleri suç teşkil edecektir.

Ayrıca malın faile hukuka aykırı bir amaçla devredilmiş olmasının suçun oluşmasına engel olup olmayacağı tartışmalıdır. Bu duruma failin kendisine verilen uyuşturucuyu bir başkasına satıp devretmesi örnek olarak gösterilmektedir. Doktrinde bir görüş bunun mümkün olduğunu kabul ederken⁷¹, aksi görüş uyuşturucunun mülkiyete konu olamayacağı⁷² ya da zilyetliğinin geçerli bir şekilde devredilemeyeceği⁷³ gibi nedenlerle buna karşı çıkmaktadır.

Hükümde de açıkça belirtildiği üzere zilyetliğin muhafaza edilmek veya belirli bir şekilde kullanılmak üzere devredilmiş olması gerekir. Kira, finansal kiralama, vedia, ödünç gibi bir sözleşmeye dayanılarak malın zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesi⁷⁴ ya da rehin⁷⁵ veya intifa hakkı gibi bir ayni hak kurmak amacıyla zilyetliğin devri de bu kapsama girmektedir⁷⁶. Buna karşılık zilyetliğin mülkiyetin geçmesi amacıyla devredilmesi halinde bu unsur gerçekleşmiş olmayacaktır⁷⁷. Bu açıdan bakıldığında bir satım sözleşmesi neticesinde zilyetliğin devredilmesi kural olarak bu hükmün kapsamına girmemelidir⁷⁸. Ancak doktrinde haklı olarak mülkiyeti muhafaza kaydıyla

⁷¹ ÖZBEK ve diğ., 2017, s.686; TEZCAN ve diğ., 2017, s.745; ÖNDER, 1994, s.413; TANERİ, 2013, s.176; MERAKLI, 2009, s.1680.

⁷² KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.632

⁷³ CENTEL ve diğ., 2017, s.470; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5007; SARSIKOĞLU, 2014, s.96. İleri sürülen bir diğer gerekçe ise, korunmaya değer bir güvenin mevcut olmamasıdır. DURSUN, 1999, s.21.

⁷⁴ ÖZGENÇ, 2002, s.73, 74; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.634; SARSIKOĞLU, 2014, s.94, 95; MERAN, 2014, s.27; MERAKLI, 2009, s.1678.

⁷⁵ Ancak rehin hakkı konusunda Türk Ceza Kanunu'nun 289. maddesinin varlığına dikkat çekmek gerekir. Rehlinli malın muhafaza edilmek üzere "resmen" bir kimseye devredilmiş olması halinde artık güveni kötüye kullanma suçu değil, muhafaza görevini kötüye kullanma suçu ortaya çıkacaktır.

⁷⁶ Bir taşınırı kiralamış ya da rehin almış olan kimsenin, malı satarak mülkiyeti bir üçüncü kişiye devretmesi halinde durum böyledir. Her ne kadar kiracının ya da rehin hakkı sahibinin mal üzerinde tasarruf etme yetkisi yoksa da, karşı tarafın iyiniyetli olduğu hallerde Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi gereğince yaptığı bu tasarruf korunacak ve mülkiyet karşı tarafa geçecektir. İşte bu durumda diğer unsurların da gerçekleşmesi kaydıyla güveni kötüye kullanma suçu ortaya çıkabilecektir.

⁷⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.633.

⁷⁸ YAŞAR ve diğ., 2014, s.5008; TANERİ, 2013, s.177.

satışlar bunun istisnası olarak gösterilmektedir⁷⁹. Zira bu sözleşme türünde şart gerçekleşip tüm taksitler ödeninceye kadar, zilyetlik devredilse de mülkiyet satıcı da kalmaktadır. Bu nedenle şart gerçekleşinceye kadar olan dönemde alıcının yaptığı tasarruflar bu suçun oluşmasına neden olabilecektir⁸⁰.

Son olarak failin teslim aldığı şeyin içinde bulunan diğer mallar açısından bir değerlendirme yapılması gerekir. Hakim görüş, mağdurun bu malların varlığını bilmesi halinde bu mallar üzerindeki tasarrufların da güveni kötüye kullanma suçunu teşkil edeceği yönündedir⁸¹. Örneğin bir bavulun zilyetliğinin devredilmesi halinde, bavulun içindekilerden haberdar olan mağdurun, içindeki malların da zilyetliğini devretmiş olacağı açıktır. Bazı yazarlar bu konuda zilyetliği devredilen mal ve içindeki eşya arasında işlevsellik ve birliktelik açısından bir bütünlük bulunması gerektiğini ifade etmektedirler⁸². Buna göre, sebze sandıklarının emanet edilmesi sırasında içindeki sebzelerle sandık arasında böyle bir bütünlük mevcuttur. Ama vestiyere verilen palto ile içinde bırakılan para, saat ya da cep telefonu arasında böyle bir bütünlükten söz edilemez. Bu nedenle de son ihtimalde hırsızlık suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Kanaatimizce sorunun çözümünde mağdurun içindekileri bilip bilmediğine bakmak daha isabetlidir. Zira mağdur verdiği malın içindeki eşyaları biliyorsa, böyle bir bütünlük olsun olmasın zilyetliği rızası ile devretmiş demektir. Bütünlük kriteri, olsa olsa mağdurun içindekileri bilip bilmediği yönünde bir karine teşkil edebilir. Örneğin malikin zilyetliğini devrettiği sebze sandığının içindeki sebzeleri bildiği karine olarak kabul edilmelidir.

Yargıtay, eşyalı olarak kiralanmış olan bir taşınmazın içindeki eşyaların kiracı tarafından alınıp götürülmesini hırsızlık olarak saymak gerektiği görü-

⁷⁹ ÖZGENÇ, 2002, s.74; TEZCAN ve diğ., 2017, s.742, 743; ÖNDER, 1994, s.410; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5005, 5006; SARSIKOĞLU, 2014, s.90; MERAKLI, 2009, s.1672; TANE-Rİ, 2013, s.174; TÜMERKAN, 1979-1981, s.345; CÜSTAN, 2006, s.25.

⁸⁰ Aksi görüşte, HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.381. Yazarlara göre mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışlarda dahi alıcı mal üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir. Bu nedenle de güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Kanaatimizce mülkiyet geçmediğine göre, alıcının böyle bir serbest tasarruf hakkından söz edilemez. Bkz. OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.753.

⁸¹ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.632; TEZCAN ve diğ., 2017, s.745; DURSUN, 1999, s.22; ÖNDER, 1994, s.414.

⁸² ÖZBEK ve diğ., 2017, s.685, 686; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5014.

şündedir⁸³. Kanaatimizce bu gibi hallerde de zilyetliğin rızaen devri olgusunun mevcut olduğunda tereddüt edilmemelidir. Bu nedenle de kiracının söz konusu eşyaların mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesi halinde bu eylemin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir⁸⁴. Esasen kira sözleşmesinin sona ermiş olması da bu sonucu değiştirmeyecektir⁸⁵. Zira sözleşme ilişkisi sona ermiş hatta baştan itibaren geçersiz dahi olsa, zilyetlik rızaen devredilmiştir⁸⁶.

D- Hareket ve Netice

Hükümde seçimlik hareketli bir suç düzenlenmiştir⁸⁷. Buna göre failin ya mal üzerinde zilyetliğin devir amacı dışında tasarrufta bulunması ya da zilyetliğin devri olgusunu inkar etmesi gerekir⁸⁸. Bununla birlikte bu iki hareketten ikisi birlikte gerçekleşmiş olsa dahi, orada tek bir suçun mevcudiyeti kabul edilmelidir⁸⁹.

Zilyetliğin devri olgusunun inkarı ancak icrai hareketle işlenebilir⁹⁰. Her ne kadar doktrinde iadenin reddedilmesi şeklinde ihmali bir davranışla da suçun gerçekleşebileceği ifade edilmiş ise de⁹¹, aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere, kanaatimizce salt iadenin reddedilmesi bir suç teşkil etmemektedir. Buna karşılık devir amacı dışında tasarrufta bulunmanın ihmali

⁸³ Y. 11. CD, E. 2005/ 11731, K. 2007/ 9547, 31.12.2007 (MERAKLI, 2009, s.1667, dipnot 14).

⁸⁴ Buna karşılık kiracının malı iade etmekten kaçınması kanaatimizce bir suç teşkil etmemektedir. Bu husus aşağıda hareket unsuru altında detaylı olarak ele alınacaktır.

⁸⁵ Kira ilişkisi sona erse dahi, kiracının tasarruf işlemlerinin hırsızlık değil güveni kötüye kullanma suçunu teşkil edeceği konusunda ayrıca bkz. EREM/ TOROSLU, 1987, s.618.

⁸⁶ Aksi görüşte, TEZCAN ve diğ., 2017, s.746.

⁸⁷ CENTEL ve diğ, 2017, s.472; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.636; TEZCAN ve diğ., 2017, s.751; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.381; DURSUN, 1999, s.10; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5016; MERAKLI, 2009, s.1685; CANPOLAT, 2009, s.44. 765 sayılı Kanun döneminde bu görüşte, ÖZGENÇ, 2002, s.76.

⁸⁸ Doktrinde bir görüş bu suçun 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak serbest hareketli bir suç olduğunu ifade etmektedir. ÖZBEK ve diğ., 2017, s.684; SARSIKOĞLU, 2014, s.44; KÖSE, 2009, s.41.

⁸⁹ ÖZGENÇ, 2002, s.76; SOYASLAN, 2012, s.439.

⁹⁰ Her iki hareket açısından da suçun ancak icrai hareketle işlenebileceği görüşünde, HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.381.

⁹¹ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.637; CENTEL ve diğ, 2017, s.472; SARSIKOĞLU, 2014, s.62, 63.

hareketle de işlenmesi mümkündür. Kendisine saklaması için verilmiş olan bir çuval şekeri, su basacağını bildiği halde yok olması için kasten depodan almayan kimsenin durumu böyledir⁹².

a- Devir Amacı Dışında Tasarrufta Bulunma

aa- Genel Olarak

Hükümde sayılan seçimlik hareketlerden ilki mal üzerinde devir amacı dışında tasarrufta bulunmaktır⁹³. Malın üzerinde tasarrufta bulunma ile kastedilen, o mal üzerinde sadece malikin kullanabileceği yetkilerin kullanılmasıdır⁹⁴. Tasarruf ifadesi, malın biçiminin değiştirilmesi, malın tahrip ve taşıyır edilmesi gibi fiili tasarrufların yanı sıra, malın mülkiyetinin başkasına devredilmesi ve üzerinde sınırlı ayni hak kurulması gibi hukuki tasarrufları da kapsamaktadır⁹⁵. Bu nedenle mülkiyetin devredilmesi, mal üzerinde rehin hakkı ya da intifa hakkı gibi bir sınırlı ayni hak kurulması, malın tüketilmesi ya da malın biçiminin değiştirilmesi suç teşkil edebilecektir⁹⁶.

Kanaatimizce hükümde geçen tasarruf ifadesi teknik anlamıyla anlaşılmalıdır. Bu nedenle malın mülkiyeti devredilmeksizin, malın üçüncü bir kişiye satılarak sadece teslim edilmesi veya zilyedin yetkisi olmadığı halde malı kullanması halleri tasarruf niteliği taşımayacak ve hükmün kapsamına girmeyecektir⁹⁷. Zilyedin, malikin malını sahiplenmesi halinde de durum

⁹² Ancak bu gibi hallerde çoğu zaman yararlanma kastı mevcut olmayacaktır.

⁹³ Görüldüğü üzere hükümde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, belirli halleri saymak yerine genel olarak tasarrufta bulunma ifadesi kullanılmıştır. Her ne kadar doktrinde, yeni hükümde geçen tasarruf ifadesinin 765 sayılı Kanun'da sayılan satma, rehinme, tüketme ve başka bir mala dönüştürme hallerini kapsadığı ifade edilse de (MALKOÇ, 2013, s.2627; TEZCAN ve diğ., 2017, s.746; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5012; SARSIKOĞLU, 2014, s.44, 45; MERAKLI, 2009, s.1684), satım açısından bu husus doğru değildir. Zira satım bir borçlandırıcı işlemdir ve bu işlem sadece malikin yapabileceği bir işlem niteliği taşımamaktadır. Malik olmayan kimselerin de satım sözleşmesi yapmaları mümkündür.

⁹⁴ TEZCAN ve diğ., 2017, s.746; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5014; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.636; MERAKLI, 2009, s.1684.

⁹⁵ OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.274, 275.

⁹⁶ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.636.

⁹⁷ Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere malın satılması ile mülkiyetin devri farklı işlemlerdir. Satım bir borçlandırıcı işlemdir ve bu işlem sadece malikin yapabileceği bir işlem niteliği taşımamaktadır. Hatta malın zilyetliğinin alıcıya devredilmiş olması da bu sonucu değiştiremeyebilir. Konu aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

böyledir. Esasen kanun koyucu tasarruf ifadesini kullanmak suretiyle özel hukuk davaları ile çözülebilecek olan halleri kapsam dışında bırakmak istemiştir. Mülkiyet hakkı geçmediği sürece, mal üçüncü kişiye teslim edilse ya da zilyet malı sahiplense, mal edinse dahi, malik açacağı dava ile söz konusu malı her zaman geri alabilir. Malın zilyet tarafından yetkisi dışında kullanıldığı hallerde de, malik bu kullanıma engel olabileceği gibi, aradaki hukuki ilişkiyi sonlandırarak malını geri alma imkanına sahiptir. Buna karşılık aşağıda ele alınacak olan malın biçiminin değiştirilmesi, malın tahrip ve taşıyır edilmesi, malın mülkiyetinin başkasına devredilmesi veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulması gibi tasarrufların varlığı halinde, malikin mülkiyet hakkı zarar görmüş ve malikin özel hukuk davası ile bu durumu bertaraf etme şansı kalmamıştır⁹⁸.

Tasarruf teşkil eden hallerin ayrı ayrı incelenmesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki, suçun oluşması için failin mal üzerinde tasarrufta bulunması yeterli değildir. Önemli olan mal üzerinde devir amacı dışında bir tasarrufta bulunulmuş olmasıdır. Örneğin borcun ödenmemesi halinde, rehin hakkı sahibine malı satıp, satış bedelinden alacağını tahsil etme yetkisi verilmişse, burada borç ödenmediğinde malın satılıp mülkiyetin geçirilmesi devir amacına uygundur⁹⁹. Yine müteahhide arsa üzerindeki binanın yıkılması yetkisi verilmişse devir amacına uygun bir tasarruf söz konusudur. Yaka iğnesinin yüzüğe çevrilmesi için mal bir kuyumcuya teslim edilmişse de durum aynıdır.

bb- Mülkiyetin Devredilmesi veya Sınırlı Ayni Hak Kurulması

Mülkiyetin devredilmesi ya da mal üzerinde rehin hakkı ya da intifa hakkı gibi bir sınırlı ayni hak kurulması, hukuki bir tasarruf teşkil eder. Bu noktada belirtmek gerekir ki, malik olmayan bir kimsenin malın mülkiyetini devretmesi ya da mal üzerinde bir sınırlı ayni hak kurması esasen mümkün değildir. Zira bunun için gerekli tasarruf yetkisine sahip değildir. Tasarruf yetkisi kural olarak maliktedir¹⁰⁰ ve malik olmayan bir kimsenin hukuki tasarruflarda bulunmasına olanak bulunmamaktadır. Ancak taşınırılar açısın-

⁹⁸ Malikin tazminat talep etme hakkı mevcutsa da, bu husus malikin mülkiyet hakkına müdahale edildiği gerçeğini değiştirmeyecektir.

⁹⁹ Buna karşılık rehin hakkı sahibi aynı eylemi borcun henüz muaccel olmadığı bir dönemde yapacak olursa, bu husus devir amacının dışında bir tasarruf sayılacaktır.

¹⁰⁰ OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.204.

dan bu durumda Türk Medeni Kanunu’nun 988. maddesi devreye girmektedir. Söz konusu hükme göre, “*Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur*”. Emin sıfatıyla zilyet olmak, malın malikinin rızasıyla zilyet olmak anlamına gelmektedir¹⁰¹. Böylece Türk Ceza Kanunu’nun 155. maddesinde aranan zilyetliğin devri olgusunun varlığı, çoğu zaman faili Türk Medeni Kanunu’nun 988. maddesi anlamında emin sıfatıyla zilyet kılacaktır. Bu halde, failin iyiniyetli bir üçüncü kişiye mülkiyeti devretmesi veya bu kişi lehine bir sınırlı ayni hak kurması halinde, söz konusu hak kazanımı korunacaktır. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu hallerde, malik olmayan zilyedin de mal üzerinde tasarruf etmesi mümkündür¹⁰².

Ancak bu noktada “mülkiyetin devri” ile malın “satılmasının” farklı olduğuna dikkat çekmek gerekir. Satım bir borçlandırıcı işlemdir ve malik olmayan kimselerin de satım sözleşmesi yapmaları mümkün ve hukuken geçerlidir¹⁰³. Bu nedenle mülkiyet nakledilmediği sürece, salt malın satılması, 765 sayılı Kanun’dan farklı olarak suçun oluşmasına neden olmayacaktır¹⁰⁴. Aynı husus bağışlama için de geçerlidir¹⁰⁵. Hatta üçüncü kişi iyiniyetli değilse, malın zilyetliğinin alıcıya devredilmiş olması dahi bu sonucu değiştiremeyecektir. Bir diğer ifadeyle, failin malı üçüncü kişiye satıp teslim etmesine rağmen, iyiniyetli olmadığı için üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanamadığı hallerde, ne bir hukuki tasarruf ne de fiili bir tasarruf söz konusudur. Bu nedenle söz konusu fiiller ancak suça teşebbüs kapsamında değerlendirilebi-

¹⁰¹ OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.109, 110.

¹⁰² Tapulu taşınmazlarda ise mülkiyetin nakli ya da sınırlı ayni hak kurulması işlemlerini, tapuda malik olarak gözükmeyen zilyedin yapması mümkün değildir. Bu durumda zilyetliğin devralan üçüncü kişinin iyiniyeti de korunmamaktadır. Zira Türk Medeni Kanunu’nun 988. maddesi taşınırlara özgüdür. Bu nedenle de yukarıda da ele alındığı üzere taşınmazların güveni kötüye kullanma suçunun kapsamına girip girmediği tartışma konusu olmuştur. Ancak taşınmazların da hükmün kapsamına girdiğinde tereddüt edilmemelidir. Zira fail taşınmazlar üzerinde hukuki tasarruflarda bulunamayacak ise de, binanın yıkılması gibi fiili tasarrufları gerçekleştirebilir.

¹⁰³ TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.79; AYDOĞDU Murat/ KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.56.

¹⁰⁴ Aksi görüşte, SARSIKOĞLU, 2014, s.48; MERAKLI, 2009, s.1684.

¹⁰⁵ Aksi görüşte, SARSIKOĞLU, 2014, s.460, 61.

lir¹⁰⁶. Bu noktada Türk Ceza Kanunu’nun 155. maddesinin, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak “satım” ifadesine yer vermediğini tekrar hatırlatmak gerekir.

Failin zilyetliği üçüncü bir kişiye devrederken mülkiyeti geçirmek kastıyla hareket etmediği hallerde ise güveni kötüye kullanma suçunun kapsamına giren bir durum zaten söz konusu değildir. Örneğin kiracının yetkisi olmadığı halde alt kiralama yapması ve malın zilyetliğini üçüncü kişiye devretmesi halinde, bu husus suç teşkil etmeyecektir¹⁰⁷. Bir kimsenin ödünç aldığı malı kiralaması halinde de durum böyledir¹⁰⁸. Hükümde her türlü güvenin kötüye kullanılması değil, tasarruf işlemlerinin yapılması yasaklanmıştır.

Son olarak bir hususa dikkat çekmek gerekir. Hükümde devir amacı dışında tasarrufta bulunmanın yanı sıra, aynı zamanda zilyetliğin devri olgusunun inkarı da suç olarak düzenlenmiştir. Malı satıp zilyetliğini devreden kimse, bunu yaparken, malın zaten baştan itibaren kendisine ait olduğu iddiası ile yola çıkıyorsa, mülkiyet üçüncü kişiye geçmese, yani ortada bir tasarruf bulunmasa dahi, bu davranışı zilyetliğin devri olgusunun inkarı olarak yorumlanabilecektir.

cc- Malın Biçiminin Değiştirilmesi

Tasarruf teşkil eden bir diğer husus, malın biçiminin değiştirilmesidir. Bu husus mala zarar verilmesinden daha dar bir anlam ifade etmektedir. Her türlü zarar vermenin bu kapsama girmeyeceği açıktır. Bu nedenle kiracı kiralaran mala kasten bazı zararlar verse, örneğin seramiklerin bazılarını kırsa dahi bu husus güveni kötüye kullanma suçunu teşkil etmeyecektir¹⁰⁹. Biçim değiştirme için malın niteliğinin değiştirilmesi gerekir¹¹⁰. Örneğin, taşınma-

¹⁰⁶ Bu gibi hallerde fail mülkiyeti geçirme kastıyla hareket etmekte, ancak karşı tarafın iyiniyetli olmaması gibi failin elinde olmayan bir nedenle mülkiyet geçmemekte, böylece fiil tamamlanamamaktadır.

¹⁰⁷ Buna ilişkin Yargıtay’ın aksi yönde kararı mevcuttur. Satım konusunda yetki verilen emlakçının taşınmazı kiraya vermesi fiilini, Yargıtay hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak değerlendirmiştir. Y. 15. CD, E. 2011/ 17392, K. 2012/ 43662, 17.10.2012. Karar için bkz. TANERİ, 2013, s.226.

¹⁰⁸ 765 sayılı eski Kanun döneminde aksi görüşte, ÖZGENÇ, 2002, s.78, 79.

¹⁰⁹ Buna karşılık bazı yazarlar malın değerini azaltmanın ve malı yıpratmanın hükmün kapsamına girdiği görüşündedir. CENTEL ve diğ, 2017, s.473; SARSIKOĞLU, 2014, s.52.

¹¹⁰ SARSIKOĞLU, 2014, s.56.

zın yıkılıp arsa haline dönüştürülmesi, yaka iğnesinin yüzüğe çevrilmesi hallerinde durum böyledir. Belirtmek gerekir ki, malın biçiminin değiştirilmesi neticesinde daha değerli bir malın ortaya çıkmış olması suçun oluşumuna etki etmeyecektir¹¹¹. Zira netice kısmında da açıklandığı üzere zarar bu suçun bir unsuru değildir.

dd- Malın Tüketilmesi veya Tahrip Edilmesi

Tasarruf niteliğindeki değerlendirilebilecek son durum ise malın tüketilmesi ya da tahrip edilmesidir. Bu husus malın tamamen yok edilmesi şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, malın çöpe atılması gibi halleri de kapsamına alacaktır¹¹². Bu bağlamda doktrinde üzerinde tartışılan bir konu, misli malların durumudur. Bir yaklaşım, misli malların tüketilmesi ile değil, ancak iade edilmemesi halinde bu suçun oluşacağı yönündedir¹¹³. Oysa aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde malın iade edilmemesi suç teşkil eden bir fiil değildir. Misli mallarda da suçu oluşturan fiil, malın tüketilmesidir. Tüketime tabi bir misli mal dahi söz konusu olsa durum değişmeyecektir. Örneğin bir çuval pirincin saklanmak üzere devredildiği hallerde, tüketme olgusu ile suç oluşmuş olacaktır¹¹⁴. Zira bu gibi hallerde failin tüketme yetkisi mevcut değildir¹¹⁵. Aynı nitelikte malın daha sonra iade edilmesi olsa olsa etkin pişmanlık hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu husus tüketime tabi olmayan misli mallar açısından evleviyetle geçerlidir. Tüketime tabi olmayan on adet sandalyenin yakılması halinde, tüketme olgusu ile suç gerçekleşecektir.

ee- Malın Bir Kısmı Üzerinde Tasarrufta Bulunma

Tasarruf konusunda üzerinde durulması gereken son husus, malın bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunulmasıdır. Tasarrufun mutlaka malın tamamına yönelik olması gerekmemektedir. Örneğin malın sadece bir kısmının mül-

¹¹¹ Aynı doğrultuda, SARSIKOĞLU, 2014, s.58.

¹¹² Ancak dikkat edilmelidir ki, yok etme ve çöpe atma gibi hallerde çoğu zaman yarar sağlama amacı mevcut olmayacak ve manevi unsur bulunmadığı için suç oluşmayacaktır.

¹¹³ CENTEL ve diğ, 2017, s.468.

¹¹⁴ Kendisine emanet edilen kömürü sobada yakan kimsenin bu suçu işlediğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde, SOYASLAN, 2012, s.438.

¹¹⁵ Türk Borçlar Kanunu'nun 570. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, saklayan, kendisine açıkça yetki verilmedikçe, saklanan misli eşya üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır.

kiyetinin devri ya da tüketilmesi de suçun oluşması için yeterli sayılmalıdır. Hatta maldan elde edilen ürünlerin üzerinde edilen tasarruf da bu hükmün kapsamına girebilecektir. Saklanması için verilen hayvanların doğurması üzerine doğan hayvanların üzerinde tasarruf edilmesi bu hususa örnek olarak verilebilir. Meğer ki taraflar arasındaki hukuki ilişkide ürünlerin zilyede kalacağı kararlaştırılmış olsun. Örneğin ürün kirasında kiracının ürünler üzerinde tasarruf etmesi kural olarak suç teşkil etmeyecektir¹¹⁶. Buna karşılık Yargıtay 15. Ceza Dairesi, ürünlerin bir kısmının malikte kalacağını kararlaştırıldığı bir ürün kirası sözleşmesinde, ürünlerin eksik teslim edilmesi halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmiştir¹¹⁷.

ff- Malın Kullanılması

Doktrinde hakim görüş, yetkisi olmadığı halde malın kullanılmasının tüketme kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹⁸. Her ne kadar suç ile korunan hukuksal yarar mülkiyet hakkı olsa ve mülkiyet hakkı, malike kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerini vermekte ise de, hükümde bunlardan sadece tasarrufta bulunma bir suç olarak düzenlenmiş, kullanma ve semerelerinden yararlanma hali ise güveni kötüye kullanma suçunun kapsamına alınmamıştır. Bu nedenle bir güvenin ihlali söz konusu olsa da, malın kullanılmasının hükmün kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır¹¹⁹. Böylece bir kimsenin rehin olarak ya da saklamak üzere teslim aldığı malı kullanması suç teşkil etmeyecektir.

b- Zilyetliğin Devri Olgusunun İnkarı

Hükümde yer alan ikinci seçimlik hareket devir olgusunun inkar edilmesidir. Bu ifadeden, failin, malın zilyetliğinin kendisine devredilmemiş olduğunu iddia etmesi anlaşılmalıdır¹²⁰. Malın mağdur tarafından değil, başka-

¹¹⁶ Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 357. maddesine göre, “Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir”.

¹¹⁷ Y. 15. CD, E. 2011/ 14994/ K. 20127 40100, 27.06.2012. Karar için bkz. TANERİ, 2013, s.174.

¹¹⁸ SOYASLAN, 2012, s.439, ÖZGENÇ, 2002, s.78, 79; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.381; MERAN, 2014, s.27; CANPOLAT, 2009, s.51.

¹¹⁹ EREM/ TOROSLU, 1987, s.622; SARSIKOĞLU, 2014, s.54.

¹²⁰ CENTEL ve diğ., 2017, s.473; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.637; TEZCAN ve diğ., 2017,

sı tarafından devredildiğinin iddia edilmesi de bu anlamda zilyetliğin devri olgusunun inkarı anlamına gelecektir¹²¹.

Doktrinde hakim görüş, makul sürenin geçmesine rağmen malın iade edilmesinden kaçınılmasını da hükmün kapsamına sokmaktadır¹²². Ancak bu durumda hükümde aranan zilyetliğin devri olgusunun inkarı mevcut olmadığı gibi, bu görüşün kabul edilmesi halinde kira sözleşmesinin ya da ödünç sözleşmesinin sona erip ermediği ve bu nedenle kiracının ya da ödünç alanın iade yükümlülüğünün doğup doğmadığı gibi özel hukukun alanına girmesi gereken uyuşmazlıklar ceza hukuku yaptırımına tabi tutulmuş olacaktır. Bu yaklaşımın ise yukarıda da vurguladığımız “*ultima ratio*” ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır¹²³.

Bu konuda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus zilyedin malı sahiplenmesi, mal edinmesidir. Yargıtay, zilyedin bu davranışının suç teşkil ettiği görüşündedir¹²⁴. Kanaatimizce bu gibi hallerin suçun kapsamına alınması, ol-

s.746; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5016; SARSIKOĞLU, 2014, s.62; MERAKLI, 2009, s.1685; DİKMENER, 2017, s.57.

¹²¹ Buna karşılık malın mağdurun yanı sıra başkaları tarafından da verildiğinin iddia edilmesinin suç teşkil etmeyeceği ileri sürülmüştür. MERAKLI, 2009, s.1685. Kanaatimize bu halde dahi suçun oluştuğunun kabulü gerekir.

¹²² TEZCAN ve diğ., 2017, s.746; CENTEL ve diğ., 2017, s.473; SOYASLAN, 2012, s.438; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.637; MERAN, 2014, s.27; TANERİ, 2013, s.172; MERAKLI, 2009, s.1685. Yargıtay, Ganyan bayiliği yapan sanığın, süresinde hasılat borcunu Türkiye Jokey Kulübü'ne yatırmamasını ve demirbaş eşyaları teslim etmemesini, hizmet nedeniyle güveni kötüye suçu olarak kabul etmektedir. Y. 15. CD, E. 2011/ 12989, K. 2012/ 36049, 02.05.2012; Y. 15. CD, E. 2011/ 13665, K. 2012/ 38277, 31.05.2012. Kararlar için bkz. TANERİ, 2013, s.246, 247.

¹²³ Yargıtay'ın bir kararı bu konuda çok dikkat çekicidir. Yargıtay, yeni kat malikleri yönetim kurulunun eskisinden defterleri istemesi ve eski yönetimle defter ve belgeleri iade etmemesi fiili ile güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağını ifade etmiştir. Y. 15. CD, E. 2011/ 17031, K. 2012/ 43204, 10.10.2012. Karar için bkz. TANERİ, 2013, s.238. Bu şekilde her güven ilişkisinin kötüye kullanılması halinin suç olarak kabulü, kanunilik ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.

¹²⁴ Yargıtay'ın bir kararında kuyumcu olan sanığın, tamir, değiştirme veya emanet olarak katılanlardan aldığı altınları iade etmemesi, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirilmiştir. Y. 15. CD, E. 2012/ 5050, K. 2012/ 37423, 21.05.2012. Karar için bkz. TANERİ, 2013, s.200. Yargıtay'ın başka kararlarında da nakliyatçının teslim etmesi gereken malları başka bir yere kaçırmamasının, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu belirtilmiştir. Y. 15. CD, E. 2011/ 11437, K. 2012/ 7746, 13.02.2012; Y. 15. CD, E. 2012/ 6864, K. 2012/ 39365, 18.06.2012. Kararlar için bkz. TANERİ, 2013, s.186, 187, 198. Aynı şekilde kiralık aracın iade edilmemesi de güveni kötüye kullanma suçu olarak

ması gereken hukuk açısından savunulabilir ise de mevcut hükmün ifadesi karşısında salt malı sahiplenerek iade etmekten kaçınmanın, zilyetliğin devrinin inkarı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira hükümde, iadenin inkarı değil, zilyetliğin kendisine devredilmiş olduğunun inkarı ifadesine yer verilmiştir. Aksine bir yorum, hükmün kıyasa yol açabilecek şekilde genişletici yoruma tabi tutulması anlamına gelir. Buna karşılık failin mülkiyet hakkına sahip olduğu iddiası, aynı zamanda hükümde aranan zilyetliğin devri olgusunun inkarını da içeriyor ise artık suçun oluştuğu kabul edilebilecektir. Örneğin fail, malik malın iade edilmesini talep ettiğinde, böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığını zira malın baştan beri kendisine ait olduğunu ya da mülkiyetin kendisine bir başkası tarafından devredildiğini iddia ediyorsa durum böyledir. Bu durumda fail zilyetliğin devri olgusunu da inkar etmektedir¹²⁵. Buna karşılık fail zilyetliğin devri olgusunu inkar etmeden, zilyetliğin devri ile birlikte mülkiyet hakkını da kazandığını iddia ediyorsa, artık taraflar arasında zilyetliğin devri sırasında yapılan işlemin hukuki nitelendirmesinde bir farklılık vardır ve bu sorunun özel hukuk uyuşmazlığı ile çözülmesi gerekir.

Doktrinde eşyanın teslim amacının gizlenmesinin de bu suçu teşkil edebileceği ifade edilmiştir¹²⁶. Örneğin mal kiralandığı halde, kendisine ödünç verildiğinin ya da rehin olarak teslim edildiğinin iddia edilmesi halinde durum böyledir. Kanaatimizce böyle bir yorum kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Kaldı ki, hükmün koruma amacı da malın veriliş amacını korumaya değil, zilyetliği ve mülkiyeti korumaya yöneliktir.

c- Netice

Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya devir olgusunun inkar etme fiillerinin gerçekleşmesi ile birlikte suç tamamlanmaktadır, ayrı-

değerlendirilmiştir. Y. 15. CD, E. 2012 /5102, K. 2012/ 37236, 16.05.2012. Karar için bkz. TANERİ, 2013, s.205, 206.

¹²⁵ Benzer bir durum malı satıp, zilyetliğini devreden kimse açısından da söz konusudur. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere mülkiyet geçmediği sürece bu husus suçun oluşumu için yeterli olmayacak, olsa olsa teşebbüs olarak nitelendirilebilecektir. Ancak malı satıp zilyetliğini devreden kimse, bunu yaparken, malın zaten baştan itibaren kendisine ait olduğu iddiası ile yola çıkıyorsa, bu davranışı, mülkiyet geçmese ve ortada bir tasarruf bulunmasa dahi zilyetliğin devri olgusunun inkarı mevcut olduğu için suç teşkil edecektir.

¹²⁶ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.637. 765 sayılı eski Kanun döneminde bu görüşte, ÖZGENÇ, 2002, s.79. Ancak 765 sayılı Kanun döneminde hükmün ifadesinin farklı olduğuna dikkat çekmek gerekir.

ca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır¹²⁷. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçu sırf hareket suçudur¹²⁸. Bu bağlamda mağdurun malvarlığında bir azalma meydana gelmesi, diğer bir ifadeyle somut bir zararın ortaya çıkması da şart değildir¹²⁹.

2. Hukuka Aykırılık

Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci fıkrasında “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” hükmü yer almaktadır¹³⁰. Bu bağlamda mutlak surette tasarruf etme yetkisine sadece malik sahip olacağından, güveni kötüye kullanma suçunda rıza açıklama yetkisi de sadece maliktedir. Malın zilyedi, rıza açıklama yetkisine sahip değildir. Ayrıca, madde hükmünde yer alan “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan” ifadesini bu çerçevede tartışmak gerekir. Zilyetliğin devri amacı dışında gerçekleşen tasarruflarda, malikin rızasının olmadığı ileri sürülebilirse de, kanaatimizce bu şekilde bir genel kabul her somut olayda mümkün olmaz. Zira malik, her ne kadar suç teşkil eden fiil işlenmeden önce zilyetliği belirli bir amaçla devretmiş ve bu amaç dışındaki tasarruflara rıza göstermemiş ise de, fiilin işlenmesi sırasında aksi yönde bir rıza açıklamasında bulunabilir ve bu rıza açıklaması, fiili hukuka uygun bir hale getirebilir¹³¹. Örneğin malik, muhafaza etmesi amacıyla bir vazoyu

¹²⁷ ÖZBEK ve diğ., 2017, s.689; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.638; DURSUN, 1999, s.10. Aksi görüşte, DÖNMEZER, 2001, s.513.

¹²⁸ CENTEL ve diğ., 2017, s.474; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.637; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5017; DİKMENER, 2017, s.49.

¹²⁹ TEZCAN ve diğ., 2017, s.746, 746; CENTEL ve diğ., 2017, s.474; ÖZGENÇ, 2002, s.82; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5017; MERAN, 2014, s.29; MERAKLI, 2009, s.1686. 765 sayılı eski Kanun döneminde aksi görüşte, ÖNDER, 1994, s.417.

¹³⁰ Yargıtay'ın rızaya ilişkin bir kararına göre; “*sanığın değişmeyen ısrarlı savunmalarında suçla konu cep telefonunu şikayetçinin oğlunun bilgisi dahilinde Y.S. isimli şahsa verdiğini beyan ettiği, müştekinin de kendisinin ve oğlunun bilgisi dahilinde cep telefonu değiştirmek üzere sanık tarafından Y.S.'ye verildiğini doğrulamasına göre... yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır*”. Y. 11. CD, E. 9076, K.6441, 14.09.2004, KÖSE, 2009, s.91.

¹³¹ Burada artık taraflar arasında yeni bir hukuki ilişkinin kurulduğu ve bu yeni statüye göre durumun değerlendirilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.639. Çakır da rızanın, malın zilyetliğinin devir amacının değiştirilmesi anlamına geldiğini, bu nedenle güveni kötüye kullanma suçunda ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceğini görüşlerinde belirtmiştir. ÇAKIR, 2016, s.126.

arkadaşına emanet etse ve bu kişi vazoyu kırmak üzereyken odaya girse ve bu aşamada zilyedin vazoyu kırmasına rıza gösterse, buradaki rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır.

Bu suçla ilişkin, hapis hakkının kullanılmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olan “hakkın kullanılması” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³². Diğer bir ifadeyle bu görüş uyarınca hapis hakkının kullanımı kapsamına giren durumlarda, güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hapis hakkı bir iadeden kaçınma hakkı tanımaktadır¹³³. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, kanaatimizce malın iadesinden kaçınma zaten bir suç teşkil etmemektedir. Hapis hakkı sahibinin, mal üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı ise mevcut değildir¹³⁴. Bir diğer ifade ile hapis hakkı sahibinin, mal üzerinde tasarruf etmesi suçun oluşmasına yol açacaktır. Bu nedenle kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde hapis hakkının kullanılmasının bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi olası gözükmemektedir. Buna karşılık malın iadesinden kaçınmanın suç teşkil ettiği yönündeki görüşün kabul edilmesi halinde, hapis hakkının kullanılmasının bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi gerekir. Yargıtay ise bu gibi hallerde suçun oluştuğunu kabul etmektedir¹³⁵.

Bu suç açısından kabul edilebilecek bir diğer hukuka uygunluk sebebi zorunluluk halidir. Ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak amacıyla

¹³² TEZCAN ve diğ., 2017, s.749, 750; CÜSTAN, 2006, s.37; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.688; ÖZGENÇ, 2002, s.91; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.639; CANPOLAT, 2009, s.154; CENTEL ve diğ., 2017, s.475; KÖSE, 2009, s.89; MERAĞLI, 2009, s.1693; SARSIKOĞLU, 2014, s.111; TANERİ, 2013, s.180; DİKMENER, 2017, s.65; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5019; MERAN, 2014, s.30.

¹³³ OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.1047.

¹³⁴ Hapis hakkı sahibinin, hapsedilen malı paraya çevirme hakkı mevcut ise de, bunu İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca yapması gerekir. OĞUZMAN ve diğ., 2016, s.1048. Mal üzerinde kendi başına tasarruf etmesi mümkün değildir.

¹³⁵ “Sanıkların ortak olarak elektronik tamir işleri ile uğraştıkları, müşterinin sanığa tamir için televizyon bıraktığı ve borcunu ödemedi televizyonu tamir edilmiş olarak aldığı ve yine tamir için bir kaset çaları sanığa teslim ettiği ve sanıkların müşterinin borcunu ödemeye zorlamak amacıyla iadeden imtina ettikleri oluşa uygun olarak kabul edilmesine rağmen müsnet suçun hizmet nedeniyle işlendiği gözetilmeyerek TCK. nun 508. maddesine uygun olduğundan ve müşterinin şikayetinden vazgeçtiğinden bahisle davanın düşürülmesine karar verilmesi (yasaya aykırıdır)” Y. 11. CD, E. 798, K. 586, 14.05.1996, ÖZGENÇ, 2002, s.91. CÜSTAN, 2006, s.37, 38; KÖSE, 2009, s.90.

zilyetliği kendisine devredilen bir mal üzerinde kişinin tasarrufta bulunması halinde, zorunluluk halinin mevcudiyetinden bahsedilebilecektir¹³⁶.

3. Manevi Unsur

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur, suçun taksirle işlenebileceğine dair kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Fail, suç teşkil eden filleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. Ayrıca hükümde failin “kendisinin veya başkasının yararına olarak” suçun maddi unsurunu gerçekleştirmesi, yani failin fiilini gerçekleştirdiği sırada kendisine veya bir başkasına yarar sağlama amacına sahip olması da aranmaktadır¹³⁷. Bu amacı gerçekleştirmeyi istemeyen failin kastının varlığından ve suçu işlediğinden bahsedilemez. Failin amaçladığı yarar, maddi bir yarar olabileceği gibi, manevi bir yarar da olabilir¹³⁸. Failin bu amaçla hareket etmesi suçun oluşumu

¹³⁶ ÖZBEK ve diğ., 2017, s.688; CENTEL ve diğ., 2017, s.475; KÖSE, 2009, s.88, 89; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5020.

¹³⁷ Aynı yöndeki görüş için bkz. CENTEL ve diğ., 2017, s.476; DÖNMEZER, 2001, s.514; DURSUN, 1999, s.29; SOYASLAN, 2012, s.440; EREM/ TOROSLU, 1987, s.624; DİKMENER, 2017, s.61; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5018. Çakır, menfaat sağlama amacının göz ardı edilmesi halinde, suçun uygulama alanının çok genişleyeceğini ifade etmiştir. ÇAKIR, 2016, s.121. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında “... *Menfaat mefhumu emniyeti su-iistimalde maddi unsurun bir hususiyetidir. Bu itibarla, haksız ve meşru olmayan menfaat sağlamak hususunun da kasdi mahiyet taşıması lazım gelir. Bu suretle sadece hususi hukuk sahasında kalması gereken pek çok akde vefatsızlıkların ceza hukuku sahasına geçmesi önlenmiş olur...*” ifadelerine yer vermiştir. Y. CGK, E. 6-234/ K.329, 10.10.1983. Karar için bkz. MERAKLI, 2009, s.1695, 1696, dipnot 87. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararında “kendisinin veya başkasının menfaatine olarak” ifadesi, haksız ve meşru olmayan bir menfaat olarak ifade edilmiş ve failin kastının bu hususu da kapsaması gerektiği belirtilmiştir. İfade edildiği üzere, failin kastının menfaat elde etme amacını kapsamaması halinde, suçun kapsamı çok genişleyecek ve medeni hukuk alanında çözümlenebilecek pek çok husus, ceza hukuku alanına girecektir. Önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, bu durum *ultima ratio* ilkesi ile bağdaşmaz niteliktedir. Aynı konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun verdiği bir başka kararda da, “*Sanığın apartmana borçlu olduğu saptanan miktarı kendisine haksız menfaat sağlamak için değil, borçlu olmadığı düşüncesi ile hesapta bulundurmadığı...*” ifadelerine yer verilerek, suçun oluşumu için menfaat sağlama amacının mevcudiyeti aranmıştır. Y. CGK, E. 2000/ 11-183, K. 2000/ 183, 10.10.2000. Karar için bkz. SARİKOĞLU, 2014, s.105. 15. Ceza Dairesi’nin bir başka kararında ise, “...*atılı suç özel kastla işlenebilen suçlardan olduğundan, sanıktaki suç kastının varlığının tespiti açısından...*” ifadeleri kullanılarak, güveni kötüye kullanma suçunun özel kast ile işlenebileceği belirtilmiştir. Y. 15. CD, E. 2011/ 15476, K. 2012/ 38632, 06.06.2012. Karar için bkz. TANNERİ, 2013, s.255.

¹³⁸ SOYASLAN, 2012, s.440; ÇAKIR, 2016, s.121.

için yeterlidir, ayrıca yararın sağlanmış olması suçun oluşumu açısından aranan bir unsur değildir¹³⁹.

Doktrinde güveni kötüye kullanma suçunda failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlama amacına sahip olmasını aramayan aksi görüş de mevcuttur¹⁴⁰. Bu görüşe göre, menfaat sağlama amacı olmasa dahi, suçun maddi unsurunu hukuka aykırı şekilde gerçekleştiren fail, örneğin kendisine saklanmak üzere emanet edilmiş malı çöpe atan kişi, suçu işlemiş kabul edilecektir. Ancak taraftarı olduğumuz görüşe göre, çöpe atma fiilinin suç sayılabilmesi için mutlaka failin kendisine veya başkasına maddi veya manevi bir yarar sağlama amacı olmalıdır. Örneğin zilyet, malike çok sinirlendiği ve onu kızdırmak için malı çöpe atsa, burada failin kendisine manevi yarar sağlama amacından bahsedilebilir. Bir başka örnek vermek gerekirse, çok nadir bulunan bir malın aynısından failin arkadaşında da olsa ve arkadaşının malı daha da değerlensin diye zilyetliğine devredilmiş malı fail çöpe atsa, burada da başkasına yarar sağlama amacı olduğu kabul edilebilir. Kanaatimizce kendisine veya başkasına yarar sağlama amacının olmadığı hallerde, çöpe atma fiili ile oluşan suç, mala zarar verme suçudur.

Failde, suça konu olan malı geri verme kastının olması suçun oluşumunu engellemez¹⁴¹. Ancak kişinin geri verme kastı olmakla birlikte, misli malların zilyetliğin devri amacına aykırı şekilde tüketilmesi ve iade zamanı geldiğinde aynı nitelikte malın geri verilmesi halini tartışmak gerekir. Malik, misli malı tüketmesi ve zamanı geldiğinde aynı nitelikteki misli malı iade etmesi için zilyede teslim etmişse, zaten tüketim ile suçun oluşumu mümkün değildir. Tüketim ödöncü sözleşmesinin mevcudiyeti halinde durum böyledir. Buna mukabil, mağdur misli eşyayı muhafaza amacı ile vermişse, bu halde yukarıda da belirtildiği üzere Borçlar Kanunu'nun 570. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, açıkça yetki verilmedikçe, saklayanın misli eşya

¹³⁹ CENTEL ve diğ., 2017, s.476, 477; DÖNMEZER, 2001, s.514; ÇAKIR, 2016, s.120.

¹⁴⁰ MERAKLI, 2009, s.1696, 1697; TEZCAN ve diğ., 2017, s.749; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.688, 689; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.638; ÖZGENÇ, 2002, s.86, 87; SOYASLAN, 2012, s.440; KÖSE, 2009, s.85; SARSIKOĞLU, 2014, s.106; TANERİ, 2013, s.178. Doktrinde, failin kendi yararına çıkar sağlaması ile başkası yararına çıkar sağlaması arasında bir fark olmadığını belirtmek için hükümde bu ifadeye yer verilmiş olabileceği ifade edilmektedir. KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.638; MERAKLI, 2009, s.1685, 1687.

¹⁴¹ TEZCAN ve diğ., 2017, s.749; KÖSE, 2009, s.87; TANERİ, 2013, s.178; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5018.

üzerinde tasarrufta bulunması mümkün değildir. Bu durumda sadece saklanması için verilen bir misli mal tüketilirse suç oluşur. Suçun gerçekleşmesi açısından failin zarara yönelik bir kastı aranmamaktadır. Kastın tüketime yönelik olması yeterlidir ve suç, hareketin tamamlanması ile oluşur. Misli mal tüketildikten sonra, aynı nitelikteki malın malike verilmesi de sonucu değiştirmez¹⁴². Nasıl ki hırsızlık sonucu alınan mal geri verildiğinde, bu geri verme suçun mevcudiyetini ortadan kaldırmıyorsa, burada da suç tamamlandıktan sonraki iade, ancak etkin pişmanlık açısından değerlendirilecektir.

Failin saikinin, yani onu suç işlemeye iten sebebin, güveni kötüye kullanma suçunda bir önemi yoktur¹⁴³.

Güveni kötüye kullanma suçunun olası kast ile işlenmesi mümkündür¹⁴⁴. Örneğin kiracı kiraladığı taşınmazı kendisi açısından daha kullanışlı hale getirmek amacıyla, bazı taşıma kolonlarını yıkarak genişletse ve bunun sonucunda taşınmaz yıkılsa, taşınmazın yıkılması ile devir amacı dışında tasarruf gerçekleşecek ve güveni kötüye kullanma suçunun olası kast ile işlenmesi söz konusu olacaktır¹⁴⁵. Zira kiracı kolonları kestiğinde taşınmazın yıkılabileceğini öngörmekte, ancak yine de bu fiili gerçekleştirmekte ve meydana gelebilecek neticeyi bir anlamda kabullenmektedir.

IV. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

1. Suçun Nitelikli Halleri

Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesinin ikinci fıkrasında, “*Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş*

¹⁴² Aksi yöndeki görüşler için bkz. MERAKLI, 2009, s.1694; CENTEL ve diğ., 2017, s.477; TEZCAN ve diğ., 2017, s.749; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.688; TANERİ, 2013, s.178.

¹⁴³ SARSIKOĞLU, 2014, s.102, 103.

¹⁴⁴ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.638; ÖZGENÇ, 2002, s.87; ÖNDER, 1994, s.419; KÖSE, 2009, s.86; MERAKLI, 2009, s.1694; ÇAKIR, 2016, s.113; SARSIKOĞLU, 2014, s.102, 103; TANERİ, 2013, s.178; DİKMENER, 2017, s.62; MALKOÇ, 2013, s.2638.

¹⁴⁵ Doktrinde, bir suçun hem olası kastla hem de belirli bir amaç güdülerek işlenmesinin mümkün olamayacağı görüşü dile getirilmiştir. ÖZGENÇ, 2002, s.87; SARSIKOĞLU, 2014, s.106; MERAN, 2014, s.30. Kanaatimizce bu husus mümkündür. Örneğin hırsızlık suçunda da “kendisine veya başkasına bir yarar sağlama” amacı aranmaktadır, ancak hırsızlık suçunun da olası kast ile işlenmesi mümkündür. Örneğin fail kendisine ait olup olmadığından emin olmaksızın, başkasına ait olabileceğini de öngörerek ihtiyacı olan bir taşınmaz malı işyerinden alsa ve evine götürse, sonradan malın başkasına ait olduğu ortaya çıksa, hırsızlık suçunun olası kast ile işlenmesi söz konusu olacaktır.

olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi” halinde daha ağır bir cezaya hükmedileceği öngörülmüş ve böylece suçun nitelikli hali düzenlenmiştir.

Hükmün incelenmesine geçmeden önce iki hususa dikkat çekmek gerekir. Hükmün ikinci fıkrasında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi, tevdi ve teslim ifadesine yer verilmiştir. Oysa Türk Ceza Kanunu’nun 155. maddesinin 1. fıkrasında bu ifadenin yerini artık zilyetliğin devri olgusu almıştır¹⁴⁶. Bu farklılıktan, zilyetliğin teslimsiz nakli hallerinin suçun nitelikli hali için yeterli olmadığı sonucu çıkmaktadır. Ayrıca Türk Ceza Kanunu’nun 155. maddesinin 1. fıkrasında kullanılan mal ifadesinin yerine, hükmün ikinci fıkrası eşya ifadesine yer vermektedir. Bu durumda eşya niteliği taşımayan, mektup gibi salt manevi değeri olan malların da hükmün ikinci fıkrası kapsamına girmediğinin kabulü gerekecektir.

Hükümde nitelikli hal olarak sayılan ilk durum, suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesidir. Doktrinde de ifade edildiği üzere söz konusu nitelikli halinin yaratılma nedeni, failin mesleği gereği taraflar arasında daha yoğun bir güven ilişkisinin ortaya çıkmasıdır¹⁴⁷. Malın bir avukata, antrepo işletmecisine ya da telefon tamircisine mesleki ve ticari faaliyetleri gereğince teslim edilmiş olması halinde durum böyledir¹⁴⁸. Bu örneklerde, avukat mesleği, telefon tamircisi meslek ve sanatı, antrepo işletmecisi ise ticari işgal konusu gereği karşı tarafta ek bir güven yaratmaktadır¹⁴⁹. Çalıştığı işyeri tarafından

¹⁴⁶ Doktrinde, 5237 sayılı Kanun’daki zilyetliğin devri ifadesi ile 765 sayılı mülga Kanun’daki tevdi ve teslim ifadelerinin aynı anlama geldiğini ifade edilmiştir. CENTEL ve diğ., 2017, s.460. Yukarıda ele alındığı üzere kanaatimizce bu iki kavram farklı hususları ifade etmektedir.

¹⁴⁷ CENTEL ve diğ., 2017, s.478; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.640; EREM/ TOROSLU, 1987, s.624; ÖNDER, 1994, s.422; DURSUN, 1999, s.32; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5020; SARIKOĞLU, 2014, s.127; MERAKLI, 2009, s.1690.

¹⁴⁸ Bir diğer örnek pantolonun tamir edilmesi için terziye bırakılmasıdır. TEZCAN ve diğ., 2017, s.749. Kendisine koyun emanet edilen çobanın da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. DÖNMEZER, 2001, s.516; SOYASLAN, 2012, s.441.

¹⁴⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, avukatın müvekkili adına tahsil ettiği parayı müvekkile vermemesini suçun nitelikli hali olarak değerlendirmektedir. Y. 15. CD, E. 7282, K. 925, 22.01.2014. Karar için bkz. TEZCAN ve diğ., 2017, s.748, dipnot 550. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere paranın mülkiyeti karışma ile birlikte geçmektedir. Bu nedenle söz konusu karara konu olaydaki eylemin bir suç teşkil ettiğinden söz etmek mümkün gözükmemektedir.

bir kimseye teslim edilen bilgisayar örneğinde ise hizmet ilişkisi gereğince verilen bir eşya söz konusudur. Bu durumda da ek bir güven ilişkisinin mevcut olduğu ifade edilebilir.

Buna karşılık böyle bir ek güven ilişkisinin mevcut olmadığı hallerde taraflar arasında sırf bir ticari ilişkinin varlığını yeterli saymamak gerekir. Örneğin bir finansal kiralama sözleşmesinin ya da bir taraflar arasındaki bir ticari ilişki bağlamında verilmiş olan bir rehnin mevcudiyeti söz konusu nitelikli halin gerçekleşmesi için yeterli görülmemelidir. Aksine bir yorum hükmün kabul ediliş amacına aykırı olacaktır.

Doktrinde failin sıfatı ile zilyetliğin devri arasında bir illiyet bağının bulunmasının şart olduğu, yani malın faile bu sıfatı gereği teslim edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir¹⁵⁰. Gerçekten de bir avukata, avukatlık mesleğinin icrası dışında özel ilişkileri sebebiyle bir mal teslim edilmişse, ağırlaştırıcı sebep uygulama alanı bulmayacaktır¹⁵¹. Nitekim hükümde de suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin “gereği olarak” tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında uygulanacağı belirtilmiştir.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için failin söz konusu meslek, sanat ya da ticari faaliyeti sürekli olarak yürütüyor olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵². Örneğin salt bir seferlik mal taşıma faaliyetinde bulunan failin, suçun basit halinden cezalandırılması gerekecektir. Gerçekten de bu gibi hallerde failin ek bir güven yarattığından söz etmek mümkün değildir. Buna karşılık taraflar arasındaki ilişkinin süreklilik arz etmesine veya bir bedel karşılığı olmasına gerek yoktur¹⁵³. Bir telefon tamircisinin salt bir sefer için kendisine teslim edilen telefon üzerinde dahi bu suçu işleyebileceğini kabul etmek gerekir. Telefon tamircisinin telefonu ücretsiz tamir edeceğini ifade etmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir.

¹⁵⁰ CENTEL ve diğ., 2017, s.478; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5025; MERAN, 2014, s.31; MERAKLI, 2009, s.1690, 1991.

¹⁵¹ ÖZBEK ve diğ., 2017, s.687; SARSIKOĞLU, 2014, s.128, 129; MERAKLI, 2009, s.1691, 1992.

¹⁵² CENTEL ve diğ., 2017, s.478, 479; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.640; MALKOÇ, 2013, s.2635; ÖNDER, 1994, s.423.

¹⁵³ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.641; TEZCAN ve diğ., 2017, s.747; MERAN, 2014, s.32; MERAKLI, 2009, s.1692. Aksi görüşte, ÖZGENÇ, 2002, s.89. Yazar, taraflar arasında sürekli bir ilişkinin varlığını aramaktadır.

Hükümde öngörülen ikinci nitelikli hal, suçun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesidir. Bu nitelikli hal açısından da ek bir güven ilişkisinin varlığından söz etmek mümkündür. Bu durumun tipik örneği vasidir¹⁵⁴. Yargıtay 11. Ceza Dairesi apartman yöneticisini de bu kapsamda değerlendirmiştir¹⁵⁵. Doktrinde bu gibi kişilere şirket genel müdürü de örnek olarak gösterilmekte ise de¹⁵⁶, şirket genel müdürlerine şirket mallarının tevdi ve teslimi yaygın bir uygulama değildir. Buna karşılık tasfiye memurlarının bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür¹⁵⁷.

2. Şahsi Cezasızlık Nedenleri

Türk Ceza Kanunu'nun 167. maddesinin ilk fıkrası şahsi cezasızlık nedenlerine yer vermiştir. Söz konusu hükme göre bu suçun; haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın ya da aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

3. Cezayı Azaltan Şahsi Nedenler

Türk Ceza Kanunu'nun 167. maddesinin 2. fıkrasına göre, güveni kötüye kullanma suçunun haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.

4. Etkin Pişmanlık

Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinde ise etkin pişmanlık düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, suç tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle

¹⁵⁴ TEZCAN ve diğ., 2017, s.749; SARSIKOĞLU, 2014, s.131. Velilerin de bu kapsama gireceği düşünülebilirse de, 167. maddenin 1. fıkrası uyarınca, altsoyuna karşı suç işleyen veliler hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

¹⁵⁵ Y. 11. CD, E. 2003/ 9372, K. 2004/ 7237, 07.10.2004. Karar için bkz. MERAKLI, 2009, s.1693, dipnot 77.

¹⁵⁶ ÖNDER, 1994, s.423; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5025; SARSIKOĞLU, 2014, s.127.

¹⁵⁷ SARSIKOĞLU, 2014, s.131.

hakkında kovuşturma başlamadan önce failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi halinde; cezası üçte birden üçte ikiye kadar indirilir. Hükümün ikinci fıkrasına göre, etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek ceza yarısına kadarı indirilir¹⁵⁸. Hükümün dördüncü fıkrasına göre ise, kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, mağdurun rızası aranır¹⁵⁹. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere güveni kötüye kullanma suçu, sırf hareket suçudur. Suçun oluşumu açısından bir zararın meydana gelmesi aranmaz. Bu halde suç sonucu mağdurun zararının oluşmadığı hallerde, failin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması söz konusu olamaz¹⁶⁰. Güveni kötüye kullanma suçunda zarara yol açan failin, zarar tehlikesine yol açan faile oranla daha avantajlı olması, hukuk mantığına ters düşmektedir. Bu durumun TCK. m. 61 çerçevesinde yargılamada hakim tarafından değerlendirilmesi gerektiği ve mağdurun zararının olmadığı suçlarda faile alt sınıra yakın ceza verilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

V. TEŞEBBÜS

Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya devir olgusunu inkar etme fiilleri suçu oluşturan eylemlerdir ve bu eylemlerin gerçekleştirilmesi ile birlikte suç tamamlanır, ayrıca bir neticenin oluşumu aranmamaktadır¹⁶¹. Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçu doktrinde sırf hareket

¹⁵⁸ “Saniğin aşamalarda alınan savunmalarında, kiraladığı aracı normal kira süresi ve uzatma süresi bittikten sonra kayını olan tanık E.B. aracılığıyla şikayetçiye iade ettiğini belirtmesi karşısında, suça konu olan aracın teslim edilip edilmediği, teslim edilmişse ve ne zaman teslim edildiği, şikayetten sonra kolluk tarafından ya da rızaen teslim yapıp yapılmadığının tespiti bakımından şikayetçinin ve ismi geçen E.B.’nin tanık sıfatıyla beyanları alınarak, TCK’nın 168. maddesi gereğince etkin pişmanlık hükmünün uygulanması hususları değerlendirilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi...” Y. 15. CD, E. 2012/ 19968, K. 2014/ 12782, 25.06.2014. ATALAN, 2018, s.658.

¹⁵⁹ “7.1.2009 tarihli Emniyet görevlilerince düzenlenen tutanakta, suça konu kestanelerin saklandığı deponun sanıkların verdiği bilgi ve tarif ile bulunduğu ve katılana kısmi iade yapıldığının anlaşılması karşısında, sanık lehine 5237 sayılı Kanun’un 168/4. maddesi gereğince etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına muvafakatı hususunda beyanına başvurulmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” Y. 15. CD, E. 2012/ 8358, K. 2014/ 1712, 03.02.2014. ATALAN, 2018, s.653, 654.

¹⁶⁰ KÖSE, 2009, s.113.

¹⁶¹ ÖZBEK ve diğ., 2017, s.689; CENTEL ve diğ., 2017, s.474.

suçu olarak nitelendirilmektedir¹⁶². Her ne kadar sırf hareket suçu söz konusu olduğu için hareketle birlikte netice de gerçekleşecek ise de, hareketin bölünebildiği hallerde suça teşebbüs mümkündür¹⁶³. “Devir amacı dışında tasarrufta bulunma” fiilinde, tasarruf işleminin gerçekleşebilmesi için malın zilyetliğinin de devredilmesi aranmaktadır. Bu noktada icra hareketi, malın zilyetliğinin devri ile başlayacaktır. Örneğin salt satım sözleşmesinin yapılması, bir borçlandırıcı işlemidir, bir tasarruf işlemi değildir ve suçun hazırlık hareketi niteliğindedir¹⁶⁴. Malı satan fail, malı teslim aşamasında malik tarafından yakalanır ve teslimi gerçekleştirmezse, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır¹⁶⁵. Başka örneklerle konuyu açıklamak gerekirse, fail kendisine zilyetliği devredilmiş malı kırmak için havaya kaldırdığı sırada, üçüncü bir kişi tarafından engellenirse ya da bir gayrimenkulü yıkmak için fail dozerleri getirttiği ve tam yıkım başladığı sırada, polisin gelmesi ile yıkım engellenirse, yine suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.

Bununla birlikte devir olgusunun inkarı fiilinde, hareketlerin bölünebilir olmasından bahsedebilmek bir hayli güçtür ve suça teşebbüsün uygulama alanı bulması bu fiil bakımından hayli zor gözükmemektedir¹⁶⁶.

¹⁶² KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.641; TEZCAN ve diğ., 2017, s.750.

¹⁶³ CENTEL ve diğ., 2017, s.480; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.641; CANPOLAT, 2009, s.206; ÖNDER, 1994, s.419, 420; KÖSE, 2009, s.95; ÇAKIR, 2016, s.130; SARSIKOĞLU, 2014, s.138; DİKMENER, 2017, s.95. Doktrinde bazı yazarlar suçun teorik olarak teşebbüse elverişli olmakla birlikte, teşebbüs hükümlerinin uygulamasına sıklıkla rastlanamayacağını görüşlerinde ifade etmişlerdir. ÖZBEK ve diğ., 2017, s.689-690; TEZCAN ve diğ., 2017, s.750; MERAKLI, 2009, s.1698; ATALAN, 2018, s.632; TANERİ, 2013, s.181.

¹⁶⁴ TEZCAN ve diğ., 2017, s.750; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.641.

¹⁶⁵ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.642; HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN, 2015, s.382. “*Sanığım depo görevlisi olarak çalıştığı Triko Tekstil isimli işyeri yetkilisinin bilgisi ve izni dışında 10.000 TL değerindeki kazak örgü ipini Mehmet Ali ve İsmet isimli şahıslara 155 Euro karşılığında sattığı, kamyonu yüklenen tipliklerin fabrikadan çıkışı sırasında şirket idari işler müdürü tarafından yakalanarak elkonulduğu şeklindeki eylemin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs olduğuna dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir*”. Y. 15. CD, E. 18672, K. 2594, 13.02.2013, CENTEL ve diğ., 2017, s.480, dipnot 604.

¹⁶⁶ ÖZBEK ve diğ., 2017, s.689; ÖNDER, 1994, s.420; CÜSTAN, 2006, s.72; KÖSE, 2009, s.94; MERAKLI, 2009, s.1698; SARSIKOĞLU, 2014, s.136; DİKMENER, 2017, s.95. Doktrinde, devir olgusunun inkarının, bir süreç içinde gerçekleştiği hallerde teşebbüsten bahsedebilmenin mümkün olduğu görüşü de ileri sürülmüştür. ÇAKIR, 2016, s.130. Yaşar/ Gökcan/ Artuç, tamir için bırakılan telefonu almaya gelen mağdura, failin telefonu kendisine verdiğini inkar etmesi, ancak mağdurun o esnada telefonu görüp, failden alması örneğini vermiş ve devir olgusunu inkar halinde de teşebbüs hükümlerinin gündeme gelebileceğini belirtmiştir. YAŞAR

VI. İÇTİMA

Güveni kötüye kullanma suçu zincirleme suç olarak işlenebilir. Bunun için suçun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda, tek bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi gerekmektedir (TCK. m. 43/1). Bir diğer ifade ile aynı malik tarafından faile bırakılmış mallarda failin farklı zamanlarda suçun maddi hareketlerini gerçekleştirmesi gerekir¹⁶⁷. Eğer fail, farklı malikler tarafından zilyetliği kendisine devredilmiş mallar üzerinde, devir amaçları dışında tek bir tasarrufta bulunursa, bu durumda Türk Ceza Kanunu m. 43/2 uygulanacaktır¹⁶⁸. Mağdurun bir çantayı zilyede saklaması için bırakması ve çantada beş kişiye ait cep telefonlarının bulunması halinde, fail çantanın içinde ne olduğunu biliyorsa, artık suçun konusunun tek bir mal olduğundan bahsedilemez ve failin çantayı içindekilerle birlikte tasarruf etmesi durumunda, zincirleme suç hükümlerini uygulamak gerekir (TCK. m. 43/2).

Failin güveni kötüye kullanma suçunu işlemek için sahte özel belge düzenlemesi halinde, özel belgede sahtecilik suçunun (TCK. m. 207) işlenmesi için kişinin bu belgeyi kullanması da arandığından, tasarruf işlemi sırasında bu belge kullanılıyorsa, failin tek fiili ile hem güveni kötüye kullanma suçu hem de özel belgede sahtecilik suçu oluşacaktır. Bu durum her ne kadar fikri içtima kuralının uygulanmasını gerekli kılar gibi gözükmemekte

ve diğ., 2014, s.5026. Kanaatimizce verilen örnekte devir olgusunun inkarı gerçekleşmiş ve suç tamamlanmıştır. İnkardan sonra telefonun malik tarafından tamirciden alınmış olması, ancak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gündeme getirecektir.

¹⁶⁷ ÖZBEK ve diğ., 2017, s.690; CENTEL ve diğ., 2017, s.482; MERAKLI, 2009, s.1699; CÜSTAN, 2006, s.73; DURSUN, 1999, s.39; CANPOLAT, 2009, s.213; KÖSE, 2009, s.103; ÇAKIR, 2016, s.136; SARSIKOĞLU, 2014, s.144; DİKMENER, 2017, s.102; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5027. Yargıtay'ın zincirleme suça ilişkin bir kararında, "Sanığın katıldan değişik dönemlere ilişkin vergi ve SGK borçları karşılığında almış olduğu paraları ilgili kurumlara yatırmadığının anlaşılması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 43. maddesinde yer alan zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi ..." ifadelerine yer verilmiştir. Y. 15. CD, E. 2012/ 21614, K. 2014/ 13164, 02.07.2014. Karar için bkz. KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.643, dipnot 484.

¹⁶⁸ TEZCAN ve diğ., 2017, s.750, 751; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.690; DURSUN, 1999, s.39; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.643; MERAKLI, 2009, s. 1699; KÖSE, 2009, s.103, 104; ÇAKIR, 2016, s.137; SARSIKOĞLU, 2014, s.145, 146; TANERİ, 2013, s.182. "Köy çobanı olan sanığın kendisine emanet edilen hayvanlardan bir kısmını satmaktan ibaret olan eylemi, bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç kez ihlali niteliğinde olduğu gözetilmeden TCK'nun 80. maddesi yerine mağdur adedince suç olduğunun kabulü yerinde değildir". Y. 6. CD, E. 1634, K. 5062, 31.05.1983. Karar için bkz. ÖNDER, 1994, s.421. Aksi görüş için bkz. YAŞAR ve diğ., 2014, s.5027.

ise de, TCK. m. 212 düzenlemesi özel içtima kuralı teşkil ettiğinden buna engeldir ve fail hem özel belgede sahtecilik hem de güveni kötüye kullanma suçlarından cezalandırılmalıdır¹⁶⁹. Failin sahte resmi belge düzenlenmesi ve bu belgenin tasarruf işlemini gerçekleştirmek için kullanılması halinde ise, resmi belgede sahtecilik suçu (TCK. m. 204), belgenin düzenlenmesi ile oluşacağından ve ayrıca bu belgenin kullanımı gerekmediğinden, anılan suçların oluşumu tek bir fiil ile değil, iki farklı fiil ile meydana gelecektir. Bu nedenle fail, farklı suçlar teşkil eden iki fiilinden de sorumlu olacak ve gerçek içtima yapılarak hem güveni kötüye kullanma suçundan hem de resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılacaktır¹⁷⁰.

Güveni kötüye kullanma suçunda seçimlik hareketler söz konusu olduğundan, bu hareketlerin bir veya birden fazlasının fail tarafından gerçekleştirilmesi, ortada tek suç olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir¹⁷¹. Ancak somut olay incelendiğinde, failin, ilk fiilini gerçekleştirdikten sonra seçimlik hareketler arasında sayılan bir başka fiili yeni bir suç işleme kastı çerçevesinde gerçekleştirdiği tespit edilebiliyorsa, bu durumda birden fazla suçun mevcudiyetinden bahsedebiliriz.

“Zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak” fiili, malı bozmak ya da taşınmazı yıkmak gibi hareketlerle işlenerek, mala zarar verme suçu-

¹⁶⁹ TEZCAN ve diğ., 2017, s.751; KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.643; ÖZGENÇ, 2002, s.97, 98; ÖNDER, 1994, s.420; CENTEL ve diğ., 2017, s.481; KÖSE, 2009, s.105. Bu durumda fikri içtima hükmünün uygulanacağı görüşü için bkz. SARSIKOĞLU, 2014, s.148.

¹⁷⁰ CENTEL ve diğ., 2017, s.481; SARSIKOĞLU, 2014, s.148. Yargıtay’ın da aynı yönde kararı mevcuttur. “...Özel belgelerdeki sahtecilik suçundan farklı olarak, resmi evrakta sahtekarlık suçunda düzenlenen sahte belgenin kullanılması şart olmayıp, resmi belgenin sahte olarak düzenlenmesiyle suç oluşacağından; sanığın malları aldıktan sonra, karşılığında sahte bono düzenleyip vermesi ile resmi evrakta sahtecilik suçu da oluşmuştur. Bu itibarla olayımızda tek bir fiille kanunun çeşitli hükümlerinin ihlali söz konusu olmadığı için gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekir”. Y. CGK, 6-205/296, 02.10.1989. Karar için bkz. ÖZGENÇ, 2002, s.98. Bununla birlikte fail, başkasının düzenlediği bir sahte resmi belgeyi kullanarak, zilyetliğine devredilmiş bir malı tasarruf ediyorsa, bu durumda, yine tek fiil söz konusu olacaktır, ancak özel belgede sahtecilik suçunda olduğu gibi yine TCK. m. 212 düzenlemesi sebebiyle, fail hem resmi belgede sahtecilik suçundan hem de güveni kötüye kullanma suçundan gerçek içtima yapılarak cezalandırılacaktır.

¹⁷¹ KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.642; CENTEL ve diğ., 2017, s.481; TEZCAN ve diğ., 2017, s.751; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5027; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.690; MERAKLI, 2009, s.1699; TANERİ, 2013, s.182; DİKMENER, 2017, s.102. Suçun oluşumundan sonra gerçekleştirilen diğer seçimlik hareketler, cezalandırılmayan sonraki hareketlerdir. ÇAKIR, 2016, s.140.

nun oluşmasına da sebep olabilir. Bu durumda, güveni kötüye kullanma suçu ile mala zarar verme suçu arasında fikri içtima kuralı uygulanacaktır¹⁷².

Zilyetlik kamu görevlisi olan faile görevi nedeniyle devrediliyorsa, zimmet suçu oluşacaktır. Bununla birlikte, kamu görevlisinin görevi dışında bir hizmetle görevlendirildiği hallerde, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan fail cezalandırılacaktır¹⁷³.

VII. İŞTİRAK

Güveni kötüye kullanma suçu, fail bakımından özgü suç niteliği taşımaktadır. Muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere, başkasına ait bir malın zilyetliği kendisine devredilmiş kişiler, bu suçun faili olabilir. Bunun dışında kalan kişiler ise TCK. m. 40/2 uyarınca azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak edebilirler¹⁷⁴.

Malın niteliğini bilerek, failden malın mülkiyetini devralan kişinin durumu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre burada mülkiyeti devralan kişi, güveni kötüye kullanma suçuna iştirak edecektir¹⁷⁵. Bir başka görüşe göre ise mülkiyeti devralan kişi, TCK. m. 165'te düzenlenen suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçunu işlemiş kabul edilecektir¹⁷⁶. Kanaatimizce sözleşmenin kurulması sırasında satın alınan mal henüz suç eşyası niteli-

¹⁷² YAŞAR ve diğ., 2014, s.5030; TEZCAN ve diğ., 2017, s.751; CENTEL ve diğ., 2017, s.482; ÖZBEK ve diğ., 2017, s.690.

¹⁷³ CENTEL ve diğ., 2017, s.482. “*Sanığın görevli olmadığı halde postaneye verilmek üzere görevliden aldığı idari tebligatlar ile bedelini postaya vermemesi ve bedelini mal edinmesi eylemi, görevi nedeniyle teslim edilmemiş olan kurum parasına karşı işlenmiş olduğundan, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur*”. Y. CGK, 5/266-293, 09.12.1997. Karar için bkz. CENTEL ve diğ., 2017, s.482, dipnot 610.

¹⁷⁴ CENTEL ve diğ., 2017, s.482; TEZCAN ve diğ., 2017, s.751; MERAKLI, 2009, s.1702, 1703; SARSIKOĞLU, 2014, s.141. Çakır, güveni kötüye kullanma suçunun özgü bir suç olmadığı görüşünde olmasına rağmen, sözleşme ilişkisine taraf olmayan kimselerin, azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılacaklarını ifade etmektedir. ÇAKIR, 2016, s.132. Yargıtay, güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin verdiği bir kararında “*Oluşa ve kapsama göre mağdur B.Y.’nin çobanı olan A.U.’nın sürüden bir koyunu satması için diğer sanık D.Ç.’nin sürüsüne kattığı, bu sanığın da B.’ye ait olduğunu bildiği koyunu satarak A’nın fiiline iştirak ettiği anlaşılmakla...*” ifadelerine yer vermiştir. Y. 11. CD, E. 1996/ 890, K. 1996/ 834, 29.05.1996. Karar için bkz. CANPOLAT, 2009, s.209.

¹⁷⁵ CENTEL ve diğ., 2017, s.482; DURSUN, 1999, s.39; ÖNDER, 1994, s.422.

¹⁷⁶ TEZCAN ve diğ., 2017, s.761; MERAKLI, 2009, s.1703; ATALAN, 2018, s.632; SARSIKOĞLU, 2014, s.143; DİKMENER, 2017, s.99.

ği taşımadığı için, suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçunun varlığından bahsedilemez¹⁷⁷. Güveni kötüye kullanma suçu ise bir özgü suç niteliği taşımaktadır ve bu nedenle malın mülkiyetini devralanın fail olarak cezalandırılması mümkün değildir. Bu kimsenin, yardım eden olarak güveni kötüye kullanma suçuna iştirak ettiği kabul edilmelidir¹⁷⁸.

VIII. YAPTIRIM VE YARGILAMA

1. Yaptırım

Güveni kötüye kullanma suçunun basit halinin cezası, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır. Adli para cezasının alt ve sınırları hükümde gösterilmediğinden, TCK. m. 52 tamamlayıcı hüküm olarak uygulanacak ve alt sınır beş gün, üst sınır ise 730 gün olarak tespit edilecektir¹⁷⁹. Suçun nitelikli halinin cezası ise bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar hapis cezasıdır. Burada da hükümde alt sınır belirtilmediğinden, yine TCK. m. 52 uyarınca alt sınır beş gün olarak kabul edilecektir.

Bu suçun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır (TCK. m. 169). Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde tüzel kişilere uygulanabilecek güvenlik tedbirleri, müsadere ve iznin iptali olarak düzenlenmektedir. Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisinin iştirakiyle ve bu iznin verildiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyet halinde iznin iptaline karar verilir (TCK. m. 60/1).

2. Yargılama

Suçun temel şeklinin (TCK. m. 155/1) ve belirli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler arasında işlenmesini düzenleyen nitelikli halinin (TCK. m. 167/2) kovuşturulması şikayete bağlıdır ve uzlaşma yolu açıktır¹⁸⁰. Bununla birlikte

¹⁷⁷ CENTEL ve diğ., 2017, s.483; KÖSE, 2009, s.100. Bununla birlikte fail, önce devir olgusunu reddetmiş, sonra zilyetliği kendisine devredilen mal üzerinde tasarrufta bulunmuş ise, burada malı devralan kişi, suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçundan sorumlu olacaktır. KOCA/ ÜZÜLMEZ, 2017, s.643.

¹⁷⁸ CENTEL ve diğ., 2017, s.482.

¹⁷⁹ CENTEL ve diğ., 2017, s.483; YAŞAR ve diğ., 2014, s.5030.

¹⁸⁰ Yargıtay uzlaşmaya ilişkin bir kararında, "Sanığa yüklenen güveni kötüye kullanma suçu

suçun TCK. m. 155/2’de düzenlenen nitelikli halleri gerçekleştiğinde kovuşturma re’sen yapılır. Şikayet, korunan hukuksal değeri ihlal edilen malik veya zilyet tarafından gerçekleştirilebilir¹⁸¹.

Güveni kötüye kullanma suçunun TCK. m. 167/1’de belirtilen akrabalar arasında işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolünmeyecektir.

Suçun işlendiğine ve bu suçtan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi mevcutsa, şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evrak, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine elkonulabilir (CMK. m. 128).

Hükümde öngörülen fiiller bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir¹⁸².

nedeniyle, hükümden sonra 02.12.2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunun 34. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK’nın 253. ve 254. madde fıkraları gereğince uzlaştırma işlemleri için gereği yapılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini zorunluluğu...” ifadelerine yer vermiştir. Y. 15. CD, E. 2017/ 15409, K. 2017/ 14813, 13.06.2017. Karar için bkz. ATALAN, 2018, s.659.

¹⁸¹ ÖZBEK ve diğ., 2017, s.691; MERAKLI, 2009, s.1703, 1704; SARSIKOĞLU, 2014, s.190, 191.

¹⁸² ÖZBEK ve diğ., 2017, s.691; CENTEL ve diğ., 2017, s.484; CANPOLAT, 2009, s.221; KÖSE, 2009, s.121; ÇAKIR, 2016, s.151.

KAYNAKÇA

- AKİPEK Jale G./ AKINTÜRK Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- ATALAN Mustafa, **Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AYDOĞDU Murat/ KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- CANPOLAT Can, 5237 Sayılı TCK.'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide/ ÇAKMUT Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt 1, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- CÜSTAN Semray, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- ÇAKIR Rasim Can, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- DİKMENER Harun Raşit, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- DÖNMEZER Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- DURSUN, Selman, "Emniyeti Suiistimal Suçu", **İÜHF**, C. LVII, S. 1-2, 1999, ss. 3-43.
- EREM Faruk/ TOROSLU Nevzat, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1987.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, 4. Baskı, USA Yayıncılık, Ankara, 2015.
- İNCEOĞLU M. Murat, **Kira Hukuku**, Cilt I, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KARSAİ Krizstina, "Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki" (Çeviren: Tuba Kelep Pekmez), **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 3, S. 1, 2015, ss. 313-32

- KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- KÖSE Hamid, Emniyeti Suiistimal (Güveni Kötüye Kullanma) Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, 3. Cilt, Ankara, 2013.
- MERAKLI Serkan, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, 2009 (Basım Yılı 2010), ss. 1657-1714.
- MERAN Necati, **Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- NOMER Haluk Nami/ ERGÜNE Mehmet Sekan, **Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- OĞUZMAN M. Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- ÖNDER Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, 2017.
- ÖZGENÇ İzzet, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- SARSIKOĞLU Şenel, **Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- SEROZAN Rona, **Eşya Hukuku**, cilt I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- TANERİ Gökhan, **Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ ÖNOK R. Murat, **Ceza Özel Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- TÜMERKAN Somay, “Emniyeti Suistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değerlendirilmesi Sorunu”, **İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan**, C. 45, S.1-4, 1979-1981, ss.333-345.

WESSELS Johannes/ HILLENKAMP Thomas, “İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar” (Çeviren: İlker Tepe), **Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk** (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, ss.183-214.

YAŞAR Osman/ GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 4. Cilt, Md.141-196, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı

Dr. Öğr. Üyesi Ali Emrah BOZBAYINDIR*

Öz: Türk Ceza Kanunu ve birçok ülke mevzuatı failin, gönüllü olarak suçun icrasından vazgeçmesi veya suçun tamamlanmasına mani olması halinde cezalandırılmayacağı yolunda bir hükme yer vermektedir. Gönüllü vazgeçme müessesinin şartları arasında gerek nazari gerek tatbiki olarak yorum güçlükleri, en çok “gönüllülük” şartının muhteva ve kapsamı bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada evvela teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümleri arasında ele alınarak, meseleye bütüncül bir bakış açısı kazandırılmaya çalışılmıştır. Akabinde Almanya, Avusturya, İsviçre, İngiltere ve İtalya Ceza Hukuklarında gönüllü vazgeçme müessesine ilişkin düzenlemeler ele alınmış, gönüllülük şartına ilişkin öğreti ve uygulama tetkik ve tahlil edilmiştir. Bu ülkelerin bir kısmı Türk Hukuku üzerindeki tesirleri, diğerleri ise gönüllü vazgeçme bakımından benimsedikleri farklı yaklaşımlar nedeniyle çalışmaya dâhil edilmiştir. Türk Ceza Hukuku’nda gönüllülük şartı ise tarihsel gelişim seyri içinde ele alınmış, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi öğreti ve uygulaması ise ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Çalışmanın netice kısmında ise gönüllülük unsurunun muhtevası hususunda çalışma boyunca incelenen görüşleri hülasa etmeye ve mesele hakkındaki kanaatimizi ortaya koyduk.

Anahtar Kelimeler: Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme, Gönüllülük, Hür İrade, Aktif Vazgeçme.

The Voluntariness Requirement of Withdrawal from Attempt in Turkish and in Comparative Criminal Law

Abstract: The Turkish Penal Code and penal codes in various jurisdictions contain a rule on withdrawal from attempt. Accordingly a person shall not be punished for

* Makale gönderim tarihi: 09.05.2018. Makale kabul tarihi: 21.06.2018.

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı (emrah.bozbayindir@izu.edu.tr).

the attempt, if he voluntarily abandons his effort to commit the crime or prevents its completion. The issue of interpretation and delimitation of the scope of the institute of voluntary abandonment is a common issue in such jurisdictions. This study deals firstly with the issue of the relation between the norms of attempt and voluntary abandonment. The following section of the study is dedicated to analysis of law and doctrine of voluntary abandonment in comparative criminal law, including German, Austrian, Swiss, French, Italian and English criminal law systems. These jurisdictions have been selected for this study either because of their very influence upon Turkish legal system or their particularities in regard to regulation of voluntary abandonment and the content and limits of the requirement of voluntariness. The section on Turkish law on voluntary abandonment analysed in its historical development, and the contemporary doctrine and jurisprudence on the condition of voluntariness is the subject of a distinct section. In conclusion, we have summed up the main findings as well as our own view with respect to the interpretation and content of the voluntariness requirement.

Keywords: Attempt, Voluntary Abandonment, Voluntariness, Free Will, Active Withdrawal.

I. GİRİŞ

Gönüllü vazgeçmenin manevi unsuru olan gönüllülük şartı, bu müessesenin en önemli ve en tartışmalı meselelerini bünyesinde barındırmaktadır. Bu unsurun muhtevasının belirlenmesi, gönüllü vazgeçme kurumunun ihdas amacına uygun olarak tatbik edilebilmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Hiç şüphesiz, teşebbüs öğretisinin en tartışmalı konularının başında gönüllü vazgeçmede “gönüllülük” kavramının muhtevasının belirlenmesi gelmektedir. Bir başka deyişle gönüllü vazgeçmenin gönülsüz vazgeçmeden, eski tabirle ihtiyari vazgeçmenin gayri ihtiyari vazgeçmeden tefriki meselesidir. Bu mesele üzerindeki tartışma gönüllü vazgeçme müessesine hukuk sisteminde yer veren tüm ülkelerde hararetli tartışmalara konu olmuş, olmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 36 hükmü gönüllü vazgeçme kurumuna bir cezayı kaldıran şahsi sebep olarak yer vermektedir. Kanun, gerek icra hareketlerinden vazgeçme gerekse suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme hallerinde failin kurumdaki istifade edebilmesini, bu vazgeçmenin veya aktif önleme davranışının gönüllü olması şartına bağlamaktadır. Kanun’un gerekçesi, gönüllü vazgeçme müessesine yer verilmesi ve 765 Sayılı Kanun’da faal nedamet olarak tavsif edilen, gerek failin gerek icra hareketlerinin bitmesinden sonra gerekse suçü tamamlamaktan sonra

vazgeçmesine imkân sağlayan kanun hükmünü, faili vazgeçmeye teşvik düşüncesini esas alan bir suç siyaseti ile izah edilmektedir.

Müessesenin kapsamının bu şekilde genişletilmesi, 765 Sayılı Kanun'da kullanılan ihtiyar yerine gönüllülük kavramının tercih edilmiş olması bu kurumun yeniden tetkik ve tahlil edilmesi lüzumunu ortaya çıkarmıştır. Buna ilave olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun son zamanlarda verdiği, gönüllülük şartını oldukça geniş yorumladığı kararlar karşısında teşebbüsten vazgeçmenin ne zaman ihtiyari olduğu meselesi, bu konuda öğreti ve uygulamadaki görüşlerin tetkik ve tahlil edilmesini elzem hale getirmektedir.

Gönüllülük şartı konusunda yapacağımız tahlilden evvel bir ön mesele olarak teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümleri arasındaki ilişkinin objektif ve sübjektif teşebbüs teorileri çerçevesinde ele alınacaktır. Bu konuda iki müessese arasında olması gereken ahenk veya böyle bir ahengi lüzumlu görmeyen görüşler izah edildikten sonra Türk Ceza Kanunu'nda bu iki müessesinin düzenlenme tarzı bu zaviyeden değerlendirilecektir (II.).

Takip eden bölüm ise mukayeseli hukukta gönüllülük şartını ele almaktadır. Bu mesele hakkında, gerek eski kanunumuz gerekse mer'i kanunumuz dönemindeki etütlerdeki yabancı hukuk sistemlerinin, bilhassa mehaız İtalyan Kanunu ve yeni dönemde Alman Hukuku'nun hatırı sayılı tesiri de göz önüne alındığında çalışmada geniş bir mukayeseli hukuk tahliline yer verilmesi lüzumu ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, Türk Ceza Hukuku üzerindeki tesirleri bakımından İtalyan, Fransız ve Alman Hukuku'ndaki öğreti ve yargı kararlarının tetkikine özel bir ihtimam gösterilmeye gayret edilmiştir. Alman Ceza Hukuku'nda mevzuu öteden beri psikolojik ve normatif teoriler etrafında tartışılmakta, Alman Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı psikolojik teori kapsamında ele alınmaktadır. Çalışmamızda bu ülkedeki yerleşik öğreti ve uygulamaların tahlilinin yanısıra öğretilerde son dönemde ortaya atılan çözüm önerilerini, bilhassa olması gereken hukuk bakımından ortaya konan görüşleri inceleyeceğiz (III. A.). Fransız Ceza Hukuku da gönüllü vazgeçmeyi teşebbüsün menfi unsuru olarak düzenlemesi ve Fransız Yargıtayı'nın gönüllülük şartını dar yorumlaması bakımından ön plana çıkmaktadır (III. C.). Bu ülke öğretisinde de hususiyet arz eden görüşlerin tetkinine gayret edilmiştir. İtalyan Ceza Hukuku öğreti ve uygulaması da bilhassa eski ceza kanunumuzun mehaızı olmasından ve teşebbüs öğretisinde objektif bir yak-

laşım benimsemesinden ötürü çalışmamızın konusu bakımından hususi bir önemi haizdir (III.F.). Almanca konuşan diğer memleketlerden olan ve gerek mevzuat gerekse yargı uygulamaları bakımından gönüllü vazgeçme müessesinin değerlendirilmesi noktasında yerinde çözümlere ulaştığını düşündüğümüz İsviçre (III.E.) ve Avusturya (III.B.) da çalışma kapsamında dâhil edilmiştir. Buna ilave olarak meselenin ele alınma tarzında hukuk sistemleri arasında ne kadar farklılıklar olabileceğini göstermekte bakımından, hukuk sisteminde müstakil fail bakımından gönüllü vazgeçme kurumuna yer vermeyen İngiltere ve bu ülkede muhtemel bir gönüllü vazgeçme hükmünün gönüllülük şartı etrafında yapılan tartışmalar da ana hatlarıyla izah edilecektir (III.D.).

Mukayeseli hukuk bahsinden sonra Türk Ceza Hukuku'nda gönüllülük şartı meselesinin tarihsel gelişimi, son dönem Osmanlı Ceza Kanunları ve öğretisinden başlayarak 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi öğreti ve uygulaması ile nihayet Türk Ceza Kanunu tasarılarında gönüllülük şartının tahliliyle neticelendirilecektir (IV.A.). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise ayrı bir dönem olarak ele alınmıştır. Bu başlık altında evvela öğretilerde gönüllülük konusundaki görüş, yaklaşım ve bu hususta ortaya konan ölçütlerin tetkiki ve akabinde Yargıtay'ın yeni kanun döneminde gönüllülük kavramını nasıl yorumladığı, gönüllü vazgeçmeyi gönülsüz vazgeçmeden ayırma konusunda tatbik ettiği ölçütleri ele alınacaktır (IV.B.).

Netice ve kanaatimiz başlığını taşıyan son kısım ise çalışmanın kendi görüşlerimizi de ortaya koymak suretiyle mesel hakkında değerlendirmede bulunduğumuz bölüm olacaktır. Bu kapsamda bilhassa mukayeseli hukuk tahlili ve tarihsel gelişimi içinde tetkik ettiğimiz Türk öğreti ve uygulamasında ortaya konan ölçütlerden de ilham alınarak yeni dönem uygulamasına ışık tutmasını umduğumuz gönüllü vazgeçmeyi gönülsüz olandan tefrik konusunda tatbik edilmesi gereken ölçütleri ortaya koymaya gayret edeceğiz (V.).

II. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ MÜNASEBET

Ceza hukuku öğretisinde öteden beri teşebbüs konusunda failin suç işleme iradesinin mi yoksa teşebbüs fiili ile yol açtığı tehlikenin mi esas alınacağı sorusu oldukça münakaşalı bir mesele halini almıştır. Bu husustaki

yaklaşımlar umumiyetle sübjektif ve objektif teşebbüs teorileri başlığı altında ele alınmaktadır. Öğretide, daha otoriter rejimlerin genellikle sübjektif bir teşebbüs hukuku, liberal hukuk ve devlet anlayışının ise fiilin tehlikeliği esasına dayanan objektif bir teşebbüs hukuku benimsediği ifade edilmektedir.¹ Teşebbüsü icra hareketlerinin başlangıcıyla sınırlayan objektif yaklaşım, devlet erkinin kullanılmasını sıkı bir şekilde kanunlara bağlayan XIX. yüzyıl liberal hukuk devlet anlayışının bir sonucudur.² Bu iki yaklaşım arasındaki fark bilhassa hazırlık hareketleri ve icra hareketlerinin tefriki ve mutlak imkânsızlık vakalarının değerlendirmesi konularında büyük önem kazanmaktadır.³

Bu çerçevede bir ceza kanununda hangi yaklaşım benimsenmişse bu, doğrudan doğruya gönüllü vazgeçme bakımından benimsenen yaklaşıma ve bu müessesenin geçerlilik şartlarına yansımaktadır. Bir başka deyişle teşebbüs ve gönüllü vazgeçmeye müteallik hükümler arasında bir ahenk (korelasyon) olması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.⁴ Örneğin, Alman Ceza Kanunu tasarısı üzerinde yapılan çalışmalarda o zaman için yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu § 46 objektivist bir lafza sahip olduğu ve anılan dönemde artık yargı ve öğretinin büyük bir kısmı tarafından benimsenmiş olan sübjektif teşebbüs teorisiyle söz konusu maddenin telif edilemeyeceği ifade edilmiştir.⁵ Objektif bakış açısına göre teşebbüs, suçun tamamlanmasına nazaran eksik, nakıs bir durumdur ve bu nedenle daha hafif cezalandırılması zorunludur. Sübjektif bakış açısına göre ise teşebbüs, suçun tamamlanmasına nazaran daha az bir haksızlık içermediğinden daha az cezalandırılması da uygun değildir. Bu nedenle sübjektif yaklaşımda ceza verilmemesinin nedeni özel bir şekilde belirtilmeli ve zorunlu indirim şeklinde de düzenlenmemelidir.⁶ Bu teorik yaklaşımlar mevcut kanuni düzenlemeler üzerinden bir

¹ Katrin Schubert, *Der Versuch- Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung*, Duncker & Humblot, Berlin 2006, s. 38.

² Schubert, s. 42.

³ Alexander Tipold, *Rücktritt und Reue*, neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2002, s. 23; Matthias Brockhaus, *Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2006, s.447-448.

⁴ Brockhaus, s. 493.

⁵ Bkz. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Allgemeiner Teil, 14. Bis 25. Sitzung, Bonn 1958, s. 177.

⁶ Bkz. Paul Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen 1957, s. 154.

örnekle somutlaştırılabilir. Örneğin, objektif bir yaklaşımın eseri olan İtalyan teşebbüs normuna göre teşebbüste ceza indirimi zorunluyken⁷, sübjektif bir yaklaşımın eseri olan Alman düzenlenmesinde teşebbüs sadece bir takdir indirimi nedenidir.⁸ Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda da teşebbüs halinde zorunlu ceza indirimi öngörülmüştür.⁹ Kanun'un gerekçesinde de objektif teorinin benimsendiği açıkça belirtilmiştir.

Teşebbüs konusundaki bu teorik yaklaşımlar arasındaki en azından teorik düzeydeki bu sarıh fark kendisini teşebbüs normlarının devamı niteliğinde olan ya da doğrudan Fransa örneğinde olduğu gibi doğrudan teşebbüs normu içinde düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçme müessesinin düzenlenmesinde de göstermektedir.¹⁰ Objektif yaklaşıma göre gönüllü vazgeçme ancak gönüllü vazgeçme hareketinin neticenin husule gelmesini önlemesine sebebiyet vermesi halinde kabul edilecektir. Buna mukabil sübjektif yaklaşıma göre kural olarak gönüllü vazgeçmeye teşebbüsün kendisi kâfidir.¹¹ Bir başka deyişle sübjektif yaklaşıma göre failin suç işleme iradesini ortadan kaldırdığını gösteren her durumda cezasızlık veya en azından ceza indirimi sonucuna gidilmelidir. Sübjektif anlayışa göre, cezalandırma için teşebbüs iradesi yeterli oluyorsa, cezasızlık için de gönüllü vazgeçme teşebbüsü yeterli olmalıdır.¹² Objektif yaklaşıma göre hazırlanmış gönüllü vazgeçme hükümlerinde sadece neticeyi önleyen, başarılı vazgeçme hareketleri dikkate alınmaktadır. Keza vazgeçme hareketinin elverişsizliği veya üçüncü kişi tarafından neticenin önlenmesi halinde cezai sorumluluğun ortadan kalkması gerektiği ifade edilmektedir.¹³

Öğretide bu teorilerin saf olarak değil genellikle her teorinin birbirinden unsurlar taşıdığı, bir başka deyişle teşebbüste olduğu gibi her gönüllü vazgeçme teorisinin aynı zamanda hem objektif hem sübjektif unsurları ihtiva ettiği ileri sürülmektedir; ancak bunlar arasındaki fark vurgu yaptıkları noktalarda ortaya çıkmaktadır.¹⁴ Bu fark gönüllü vazgeçme hükümlerinin dü-

⁷ Bkz. İtalyan Ceza Kanunu m. 56 f. 2.

⁸ Bkz. Alman Ceza Kanunu m. 23 f. 2.

⁹ Bkz. Türk Ceza Kanunu m. 35 f. 2.

¹⁰ Bkz. Brockhaus, s. 493.

¹¹ Bockelmann, s. 154.

¹² Niederschriften, s. 177.

¹³ Krşl. Schubert, s. 190; Tipold, s. 24; Brockhaus, s. 493.

¹⁴ Tipold, s. 24.

zenlenme şekline de yansıyabilmektedir. Örneğin, vazgeçmenin teşebbüsün menfi unsuru olarak tanımlanması halinde vazgeçme teşebbüs hareketi ortadan kalkmakta ve böylece artık bir teşebbüsün varlığından söz etme imkânı kalmamaktadır. Gönüllü vazgeçmenin müstakil bir düzenlemede müspet olarak düzenlenmesi halinde ise teşebbüsün haksızlık (*Versuchsunrecht*) mevcudiyetini devam ettirmekte ve gönüllü vazgeçme bu nedenle sadece bir cezayı kaldıran şahsi bir sebep niteliği arz etmektedir.¹⁵

Bu açıklamalardan hareketle gönüllü vazgeçmeyi izah eden teorilerin de objektif ve sübjektif kıstaslara uygunluk bakımından sınıflandırılmaları mümkündür. Örneğin, kastın zayıflığı (tehlikesizlik) teorisi gönüllü vazgeçme müessesesini, failin kriminal enerjisinin düşüklüğü, kastının yeterli yoğunlukta olmamasına dayandırdığından sübjektif teoriler arasında sayılmaktadır. Buna karşılık, altın köprüler teorisi ise failin vazgeçme hareketine vurgu yaptığından objektif bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Kısacası, failin ilgili suç tipinde korunan konu üzerinde ortaya çıkardığı tehlikeyi izale etmesini gönüllü vazgeçene ceza verilmemesinin esası olarak belirleyen bir teorinin objektif bir yaklaşımı benimsediği söylenebilir.¹⁶ Netice itibarıyla, teşebbüsü daha objektif tanımlayan ve yorumlayan bir hukuk sisteminde gönüllü vazgeçmenin de objektif kıstaslara bağlı kalarak yorumlanacağı, buna mukabil teşebbüste sübjektif yaklaşım benimsendiğinde de gönüllü vazgeçmenin sübjektif bir yorumla ele alınacağı söylenebilir.¹⁷

Buna mukabil öğretilerde iki müessese arasında tutarlılık aranmasının tek ideal olmadığı görüşünde olan müellifler de vardır. Örneğin, İtalyan ceza hukukçusu *Fornasari*, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme müesseseleri arasındaki insicamın hukuki müesseselerin etkinliği göz önüne alındığında tek değer ve amaç olmaması gerektiği görüşündedir. Müellif, bilakis hem teşebbüs ve hem de gönüllü vazgeçme normlarının ya hareketin haksızlığı ya da neticenin haksızlığına bağlı kılınması yolundaki yaklaşımın terkedilmesine taraftardır. *Fornasari*, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme bakımından kendi ideal yaklaşımını ortaya koymaktadır. Müellife göre, teşebbüste “objektif” yaklaşım, gönüllü vazgeçmede ise “sübjektif” yaklaşım hürriyet ideali temeline inşa edilecek bir ceza hukukunun gereklerine en iyi uyan yaklaşımdır. Keza,

¹⁵ Schubert, s. 190.

¹⁶ Tipold, s. 24-25.

¹⁷ Tipold, s. 25.

müellif bu iki farklı yaklaşıma birden yer veren bir hukuk sistemine karşı çok güçlü bir argümanın da olmadığı düşüncesindedir. Böylece teşebbüsün elverişliliği kıstasıyla hukuki değerleri etkin bir şekilde tehlikeye sokan fiiller cezalandırılarak fiil ceza hukukuna uygun bir çözüm getirilmiş olacaktır.¹⁸

Gönüllü vazgeçme bakımından ise fail telafi edici hareketiyle hukuki değeri ihlal etmediğinden, failin cezalandırılması artık ne genel ne de özel önleme amaçları bakımından lüzumludur. Bu noktada ceza hukukuna müraaat edilmesi, teşebbüs hareketi tipik de olsa adil olmayacaktır.¹⁹ Keza, tam teşebbüsten gönüllü vazgeçmede hareketin tehlikeliliğinin önemli ölçüde artmış olması ise nitelik bakımından değil nicelik bakımından yapılacak bir ayırımın mevzuu olabilir.²⁰ Bu nedenle tam teşebbüsten vazgeçme bakımından daha ağır bir düzenlemenin benimsenmesi yerinde değildir. Ayrıca tam teşebbüsten ve eksik teşebbüsten vazgeçmenin birlikte değerlendirilmesi, bu iki vazgeçme halinin tefrikinde yaşanacak önemli sorunların bertaraf edilmesi anlamına gelecektir. Müellif, bu ayırımın salt sınıflandırma amacıyla muhafaza edilmesinin mümkün olduğunu ama bu ayırımın aralarında uzun yıllar hapis cezası farkı olan kararlarının şartı haline getirilmemesi gerektiği hususunu vurgulamaktadır.²¹ Netice itibarıyla *Fornasari*, mevcut tam teşebbüsten vazgeçme hükmü bakımından İtalyan düzenlemesini orantısız olduğu için tenkit etmektedir. Bu düzenlemenin, sosyal bakımdan uyumlu bir vatandaşın cezalandırılması suretiyle asosyalleştirilmesi riskini barındırdığını ileri sürmektedir.²² Sonuç olarak *Fornasari*, müstakbel İtalyan Ceza Kanunu için sadece elverişli teşebbüsün cezalandırıldığı ve hem tam hem de eksik teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmadığı bir model önermektedir.²³

Bu izahlar ışığında Türk Ceza Kanunu m. 35 ve 36 hükümlerinin bu ideal çözüme yaklaştığı söylenebilir. Zira hukuk sistemimizde elverişsiz te-

¹⁸ Gabriele Fornasari, “Die Regelung des Versuchs und des Rücktritts vom Versuch im deutschen und italienischen Strafrecht“, in: Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung, Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, Peter Lang, Frankfurt 2003, ss. 49-59, s. 56.

¹⁹ Fornasari, s. 58.

²⁰ Fornasari, s. 58.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Fornasari, s. 59.

şebbüs cezalandırılmamakta ve failin suçun icrasını tamamladıktan sonra suçun tamamlanması ve neticenin husule gelmesini önlemesi halinde de bu aktif önleme davranışı gönüllü vazgeçme kapsamında mütalaa edilmektedir.

III. MUKAYESELİ HUKUK

A. Almanya

Alman Ceza Kanunu, m. 24’de düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçme hükmüyle pozitif bir düzenlemeye gitmiştir.²⁴ Anılan madde Türk Ceza Kanunu m. 36’da yer alan ve gönüllülük şartına muadil olan “hür irade” (*Freiwilligkeit*) kavramını ihtiva etmektedir. Maddede hem müstakil fail bakımından hem de iştirak halinde işlenen suçlar bakımından gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Gönüllülük şartı bu vazgeçme hallerinin tümünü kapsayan ortak bir şart niteliğindedir.²⁵

Almanya’da 24.madde kapsamında gönüllülük şartının yorumu üzerine görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir vazgeçme hareketinin bu madde hükmünden yararlanıp yararlanmayacağı genellikle gönüllülük şartının olup olmamasına göre değerlendirilen bir husustur. Bu bakımdan gönüllülük şartının, gönüllü vazgeçme hükmünün merkezi kavramı olduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Bu husustaki açıklamalarımıza başlamadan evvel Alman Kanunu’nda gönüllülük için kullanılan “*Freiwilligkeit*” terimini izah etmemiz gerekir. Bu terim esasen “hür irade” manasına gelmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere arada benzerlik olsa da bu kelime tam olarak gönüllülük kelimesine karşılık gelmemektedir. “Hür irade” kavramı salt psikolojik bir karar alma sürecinin ifadesidir ve günlük kullanımdaki bu ifade kavramın lafzi sınırını teşkil etmektedir. Bu nedenle de failin saikinin dikkate alınamayacağı görüşünün temelinde bu terimin kullanılması yatmaktadır.²⁶

²⁴ Alman Ceza Kanunun m. 24 f. 1 hükmü şu şekildedir: “Her kim hür iradesiyle, fiilin icra hareketlerine devam etmekten vazgeçer veya fiilin tamamlanmasına engel olursa, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fiil vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanmamışsa, fiilin tamamlanmasını engellemek için hür iradesiyle ciddi bir çaba gösterdiği takdirde cezalandırılmaz.”

²⁵ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Giesking, Bielefeld 2016, s. 691; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Vahlen, München 2017, s. 566.

²⁶ Bu terimin anlamı hakkında tafsilatlı bir tahlil için bkz. Mareike Hermann, *Der Rücktritt im Strafrecht, Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda*, Duncker & Humblot, Berlin 2013, s. 75 vd.

Esasen “hür irade” kavramı Alman hukuk öğretisinde bu konudaki iki temel görüşün ana eksenini ve tartışmaların yönünü tayin etmiştir. Bir tarafta hür iradeyle vazgeçmeyi psikolojik kıstaslara, bir başka söyleyişle failin içinde bulunduğu psikolojik baskıya göre değerlendiren psikolojik teoriler, diğer tarafta ise normatif bir değerlendirmeye örneğin vazgeçme saikinin toplum açısından yararlı olup olmadığına göre (*Verdienstlichkeit*) bu şartı değerlendiren normatif teoriler yer almaktadır.²⁷ Günümüzde de hangi kıstaslara göre gönüllülük şartının belirleneceği konusunda bir uzlaşma söz konusu değildir.²⁸ Son zamanlarda iki görüşü uzlaştırma teşebbüsleri de ortaya çıkmıştır.

Bu mesele teorik olduğu kadar pratik önemi de haizdir. Genel olarak, mukayeseli hukuka bakıldığında mahkemelerin gönüllülük şartı konusunda çelişkili kararlar verebildikleri görülmektedir.²⁹ Geçmişte *Frank* Formülü hür iradenin varlığının tespiti için kullanılırken günümüzde daha ziyade otonom-heteronom sebep ayırımına müracaat edilmektedir.³⁰ Otonomi ve heteronomi kavramları aslında gönüllü-gönülsüz veya hür irade eseri olan ve olmayan terimlerinin eş anlamlı ifadelerinin ötesinde bir anlam taşımamaktadır. Bu nedenle de bu ayırım öğretilde “boş laf” (*Worthülse*) olduğu⁸ tenkidine dahi uğramıştır.³¹ Bir başka görüşe göre hür iradeyle vazgeçme

²⁷ Claus Roxin, „Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch“ in: Hans Lüttger (hrsg.), Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 1972 Berlin, ss. 251-276, s. 252; Manfred Maiwald, “Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch”, in: Karl Heinz Gössel ve Otto Triffterer (hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, C. F. Müller, Heidelberg 1999, ss. 255-270; Günter Stratenwerth ve Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011, s. 215; Reinhard Maurach, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2014, s. 164; Nikolaus Bosch ve Albin Eser, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, München 2014, § 24 kn. 43.

²⁸ Hans Lilie ve Dietlinde Albrecht, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ve Klaus Tiedemann (hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, De Gruyter Recht, Berlin 2007, § 24 kn. 221; Katharina Beckemper ve Kai Cornelius, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar, 37. Edition, Stand: 01.02.2018, § 24 kn. 29.

²⁹ Bkz. Bitzilekis, s. 661.

³⁰ Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2016, kn. 915; Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, C. H. Beck, München 1998, s. 241.; Schubert, s. 208.

³¹ Bu husustaki tartışmalar hakkında bkz. Hermann, s. 104-105; Stratenwerth/Kuhlen, s. 215-216.

kavramı bazen psikolojik bazen de normatif kıstaslara müracaatla belirlenmektedir.³² Burada vazgeçme bakımından failin olay anındaki bilgisi ve perspektifi esas alınmaktadır.³³

Psikolojik ve normatif teoriler genellikle birçok olayda benzer neticelere varmaktadır. Buna mukabil, failin vazgeçme saikinin niteliğine göre değerlendirme yapan normatif teorilerin uygulandığında müessesenin tatbik sahasının bazı vaka tipleri hariç tutulmak üzere daralttığını söylemek mümkündür.³⁴

1. Psikolojik Teori

Öğretide de hâkim görüş olan psikolojik teori esasen İmparatorluk Mahkemesi'nden bu tarafa Alman Federal Mahkemesi tarafından yerleşik içtihatlarla benimsenmiş olan yaklaşımdır.³⁵ Kimi müellifler, haklı olarak psikolojik teorinin salt psikolojik değerlendirmeyle sınırlı kalmadığını bu teorinin de normatif nitelik taşıdığını ileri sürmüştür.³⁶

Bir görüşe göre de esas mesele gönüllülük kavramının normatif bir muhtevaya sahip olması değil bu muhtevanın nasıl belirleneceğidir. Esasen kanunlar normatif yapılar olduklarından bir kelimenin lafzi sınırları dâhilinde kaldığı sürece ona normatif mana yüklemenin mümkün olduğu ileri sürülmektedir.³⁷ Buna göre vazgeçme, failin harici baskılar nedeniyle değil, bilakis otonom (kendiliğinden) nedenlerle karar verdiği hallerde gönüllüdür. Vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının belirlenmesinde harici psikolojik baskının şiddeti

³² Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, s. 271.

³³ Hermann, s. 75.

³⁴ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck, München 2003, s. 591; Christian Jäger, in: Jürgen Wolter (hrsg.) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, § § 1-37 StGB, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2017, § 24 kn. 69.

³⁵ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996, s. 544; Jäger, § 24 kn. 65; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 30.

³⁶ Maurach/Gössel/Zipf, s. 167; Maiwald, s. 255, 270.

³⁷ Bkz. Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer, Berlin 2015, s. 366-367; Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2015, s. 428.

ve failin vazgeçme kararı üzerindeki tesiri belirleyici rol oynamaktadır.³⁸ Bu kapsamda örneğin vicdan azabı, pişmanlık, utanç, mağdura acıma, şok hali ve cezadan korunmak gibi sebepler otonom sebepler olarak değerlendirilmektedir. Vazgeçme için harici bir sebep de vesile olabilir (örneğin mağdurun faili ikna etmesi). Her hâlükârda mühim olan failin bu tesirlere rağmen kendi kararlarını alabilme yetisini muhafaza etmiş olmasıdır. Fail otonom bir karar aldığı anda suçun icrasına devam edebilmek ile suçun icrasından vazgeçmek arasında bir tercih yapabilme imkânı olduğu hissine sahiptir.³⁹

Failin kusur yeteneğinin olmaması gönüllü vazgeçmeyi etkilemez.⁴⁰ Gönüllü vazgeçme failin halihazırda hak ettiği teşebbüsten cezasını kaldırmasına rağmen kusurunu tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle öğretideki azınlık görüşün aksine burada kusurluluğu kaldıran bir halin varlığı kabul edilmemektedir.⁴¹ Buna göre gönüllü vazgeçme bir şahsi cezasızlık nedeni olarak tavsif edilmektedir.⁴²

Kanun gönüllülük şartı bakımından ahlaki bir saikin varlığını aramamaktadır. Örneğin, bir cinsel saldırı faili mağdurun rızasıyla ilişki teklifini kabul eder ve koşulsuz olarak suçun icrasından tamamen vazgeçerse artık bu nevi bir vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir.⁴³ Keza hırsızın daha fazla parası olduğunu düşündüğü mağdura yönelerek icrasına başladığı hırsızlıktan vazgeçmesinin de hür irade eseri olduğu kabul edilmektedir. Burada esas kıstas otonom sebeplerle hareket etmiş olmasıdır. Fail harici bir baskı olmaksızın hür iradesiyle vazgeçme kararını almış ise bu vazgeçme gönüllüdür.⁴⁴

Buna karşılık vazgeçme heteronom sebeplere dayanıyorsa, yani failin iradesinden bağımsız nedenlerden kaynaklanıyorsa bu nevi bir vazgeçmenin

³⁸ Hermann, s. 105-106.

³⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 692.

⁴⁰ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 915; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 65. Auflage, C.H.Beck, München 2018, § 24 kn. 19a; Kindhäuser, s. 271.

⁴¹ Örneğin, *Haft*'a göre haksızlık ve kusurun derecesi önemli derecede azalmakta ve bu nedenle faile ceza verilmemesi sonucunu doğuran bir kusurluluğu kaldıran hal niteliğindedir. Haft, s. 234.

⁴² Wessels/Beulke/Satzger, kn. 887; Fischer, §24 kn. 2.

⁴³ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 915; Schubert, s. 208; Fischer, § 24 kn. 19c; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 32.

⁴⁴ Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 30, 32; Maiwald, s. 261-262.

gönüllü olmadığı kabul edilmektedir. Failin aşamayacağı manevi engeller veya vakaya ilişkin şartların fail aleyhine değişmesi neticesinde ortaya çıkan risk veya dezavantajlı durumları göze alamaması halinde de vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁵ Bu çerçevede genellikle failin, fiilinin keşfedildiği veya keşfedilmekten korktuğu durumlarda da somut olayın şartları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Failin işlediği suçun gizli işlemeyi planladığı ve yakalanma riskinin önemli ölçüde arttığını düşündüğü hallerde vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁶ Keza bir cinsel saldırı failinin, beklentisinin aksine mağdur tarafından tanınması neticesinde, cezai takibata uğramaktan korkarak derhal vazgeçmesi hali gönüllü olarak telakki edilmemektedir.⁴⁷ Görüldüğü gibi failin vazgeçmede hür iradesinin bulunmadığının kabul edildiği vakalar, genellikle O'nun fiilin icrasına devam etmesinden kaynaklanabilecek dezavantajlı durumların ortaya çıkması nedeniyle vazgeçtiği hallerde söz konusu olmaktadır.⁴⁸ Failin gönüllü vazgeçip geçmediği konusunda şüphe olması halinde de şüpheden sanık yararlanır ilkesine müracaat edilmektedir.⁴⁹

Öğretide psikolojik nedenlerin ayrımı bakımından otonom ve heterenom sebepler ayrımı yapılmaktadır. Aslında bu terimler, kanunun lafzında tercih edilmiş olan hür irade ve hür olmayan irade ayrımının başka şekilde ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Bu kavramları kısaca ifade etmek gerekirse: otonom sebepler failin kendisinden kaynaklanan vazgeçme sebepleri; heterenom saikler failin dışında onu suçun icrasından vazgeçmeye zorlayan harici saiklerdir. Buna göre fail şayet zorlayıcı harici saikler neticesinde suçun icrasından vazgeçmişse bu vazgeçmenin gönülsüz, buna karşılık fail kendi otonom iradesiyle vazgeçme kararını vermişse artık gönüllü bir vazgeçmeden söz edilebilir.⁵⁰ Elbette bu harici sebeplerin her zaman gönüllü vazgeçmeyi ortadan kaldırdığı gibi sonuç doğurmamaktadır. Harici saikler de olsa önemli olan failin son kertede kendisinin hür iradesiyle vazgeçme kararını alabilmesidir.⁵¹

⁴⁵ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 916; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 30.

⁴⁶ Bkz. Kindhäuser, s. 270-271.

⁴⁷ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 916; Bockelmann/Volk, s. 215.

⁴⁸ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 692.

⁴⁹ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 916; Schubert, s. 209; Kindhäuser, s. 272.

⁵⁰ Maurach/Gössel/Zipf, s. 165; Jäger, § 24 kn. 67.

⁵¹ Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012, s. 336.

a) Alman Federal Yüksek Mahkemesi

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları gönüllü vazgeçmede psikolojik kıstasları tatbik etmekte ve öğretide de hâkim görüş olarak görülmektedir.⁵² Mahkeme bu konuda değerlendirme yaparken ampirik-psikolojik kıstaslara müracaat etmektedir.⁵³ Birden fazla saikin varlığı halinde hangisi belirleyici ise ona göre karar verilmektedir.⁵⁴

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre failin kendinden kaynaklanan nedenlerle vazgeçmesi ve suçun icrasını mümkün görmesi iradilik için şarttır.⁵⁵ Bu göre hür iradesiyle vazgeçme kararının verilmesi halinde vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilecektir.⁵⁶

Mahkeme, öğretide geliştirilmiş olan gönüllü vazgeçme kurumunun tatbik sahasını daraltan normatif teorileri reddetmektedir. Buna göre, gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğu bir vakayı incelerken, failin suçun icrasından vazgeçme kararında tabiri caizse iplerin kendi elinde olup olmadığına bakmaktadır. Bunun için Mahkeme, artık yerleşik hale gelmiş olan failin kendi kararlarına hâkim olup olmadığı (*Herr seiner Entschlüsse*) ve suçun icrasının halen fail tarafından mümkün görülüp görülmediği sorusunu sormaktadır.⁵⁷ Burada esasen failin suçun icrasından gönüllü vazgeçmesi sırasında bu kararını hür iradesiyle alıp almadığına bakılmaktadır. Bir başka ifadeyle, fail vazgeçme kararını alırken ne harici zecri tesirlerin ne de kendi içinde yaşadığı ruhsal baskının tesirinde olmalıdır.⁵⁸ Buna karşılık Mahkeme, failin psikolojik bir baskının tesirinde kalarak hür iradesinin tamamen ortadan kalkması neticesinde gerçekleştirdiği vazgeçme davranışına değer tanımamakta ve bu şahsi cezasızlık sebebinden faili istifade ettirmemektedir.⁵⁹ Mahkeme değerlendirmede bulunurken failin vazgeçme

⁵² Rengier, s. 336; Kindhäuser, s. 271; Hermann, s. 101 vd.; Maurach/Gössel/Zipf, s. 165, 167.

⁵³ Bkz. BGH, Beschl. v. 10.07.2013- 2 StR 289/13 (LG Aachen), Strafverteidiger (6), 2014, s. 336-337; Fischer, § 24 kn. 19.

⁵⁴ Fischer, § 24 kn. 19

⁵⁵ Fischer, § 24 kn. 19.

⁵⁶ Rengier, s. 336.

⁵⁷ Klaus Hoffmann-Holland, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2017, § 24 kn. 103; Fischer, § 24 kn. 19; Lilie/Albrecht, § 24 kn. 222; Schubert, s. 208; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 31.

⁵⁸ Fischer, § 24 kn. 19; Jäger, § 24 kn. 65.

⁵⁹ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 103.

iradesini ortaya çıkaran sebebin ahlaki olup olmadığını dikkate almadan, vazgeçme nedeninin onun üzerindeki zecri tesirinin derecesini esas almaktadır.⁶⁰

Keza, Alman Yüksek Mahkeme'sine göre failin gönüllü vazgeçmedeki saikinin ahlaken tasvip edilebilir olup olmadığının önemi yoktur. Fail, soğukkanlı bir değerlendirmeye hala suçun icrasını tamamlayabileceğini düşünmesine rağmen bundan vazgeçmişse artık bu vazgeçmenin hür bir iradenin eseri olduğu kabul edilmektedir.⁶¹ Örneğin Mahkeme, failin öldürmek istediği diğer kişinin kaçtığını fark ederek ilk mağduru bıçaklamaktan vazgeçti öncelikli olarak öldürmek istediği mağdura yöneldiği vakada, failin ilk mağdura karşı suçun icrasından vazgeçmesinin gönüllü olduğuna hükmetmiştir.⁶²

Failin vazgeçmesinde birden fazla saikin söz konusu olması halinde bunlardan hangisi hâkim sebep ise ona göre karar verilmektedir. Örneğin, polis tarafından yakalanma ihtimalini de düşünen bir failin esasen mağdura duyduğu öfkenin soğuması nedeniyle suçu işlemekten vazgeçmesi halinde de failin hür iradesiyle vazgeçtiği kabul edilmektedir.⁶³

Yukarıda verilen örneklerdeki yaklaşımı ve meseleyi ele alış tarzını Alman Federal Yüksek Mahkemesi, emsal niteliği taşıyan kararlarında her zaman yinelemektedir.⁶⁴ Örneğin, failin boşandığı eşinin sevgilisini öldürme kastıyla yaraladıktan sonra bu suçun icrasını eski eşini kaçırmamak için bırakıp eski eşini yaralayarak on altı bıçak darbesiyle öldürdüğü vakada yerel mahkeme faili, kasten adam öldürmenin nitelikli hali ve adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmasına hükmetmiştir. Yerel mahkeme, failin sevgiliyi öldürme kastıyla yaraladığı olayda teşebbüsün sona ermediğini kabul etse de bunun gönüllü olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Temyiz üzerine karar veren Federal Mahkeme, yerel mahkemenin failin fiilinden hür iradesiyle vazgeçmediği yolundaki kararını bozmuştur. Mahkeme, yerel mahkemenin fail eşini öldürmek amacıyla sevgilisini öldürme teşebbüsünden vazgeçtiği-

⁶⁰ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 222.

⁶¹ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 104.

⁶² Hoffmann-Holland, § 24 kn. 104.

⁶³ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 104.

⁶⁴ BGHSt 35, 184, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, 35. Band, Carl Heymanns Verlag, Köln 1989, ss. 184-187.

ni, bu nedenle vazgeçmenin hür irade neticesi olmadığı yolundaki görüşün yanlış olduğuna hükmederek şunları ifade etmiştir:

*‘Yerleşik içtihatlarla göre hür irade şartının gerçekleşmesi bakımından mühim olan sanığın aldığı kararlar üzerinde hakimiyetinin devam edip etmediği ve suç planının icrasını hala mümkün görüp görmediğidir..., sanık harici bir zorlayıcı durum veya ruhsal baskının altında kalarak fiili icra edemeyecek hale gelmemiş olmalıdır. Bu konuda değerlendirme yapılırken faili teşebbüsten vazgeçmeye yönelten şartların onun için “zorlayıcı bir engel” teşkil edip etmediğine bakılmalıdır. Somut olayda ise failin eski eşinin sevgilisini öldürmekten vazgeçmeye götüren şartlar bu nitelikte değildir. Failin teşebbüsten vazgeçme kararı daha ziyade soğukkanlı bir değerlendirmenin ürünüdür.⁶⁵ Keza yerleşik içtihatlarla göre failin hür iradesinin ahlaka uygun bir nedenle eşinin sevgilisine saldırılarına devam etmekten vazgeçmiş olmasına dayanmasına da gerekmemektedir’.*⁶⁶

Ayrıca failin tüm suç işleme planını işlemekten vazgeçmesi de gönüllü vazgeçmenin şartı değildir. Mahkeme’ye göre somut olayda failin eski eşinin sevgilisine yaptığı saldırıyı bırakıp eski eşini öldürmeye gitmesi ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Failin elbette gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için tamamıyla teşebbüsten vazgeçmesi gerekir; ancak burada anlaşılması gereken maddi hukuk anlamında tek fiildir.⁶⁷

Yüksek Mahkeme, yerleşik içtihatlarla hür irade konusunda geliştirilen ve uygulanan bu kıstasların her zaman memnuniyet verici neticelere sebebiyet vermediğini kabul etmiştir. Bu durum da öğretinin büyük kısmının hür irade konusundaki “psikolojik yaklaşıma” karşı olmasını ve gönüllü vazgeçmede failin saikinın normatif olarak değerlendirilmesinin zorunlu olması yolundaki görüşünü izah etmektedir. Buna karşılık Mahkeme, Ceza Kanunu’nun m. 24 hükmünde yer alan hür irade kavramının psikolojik kıstasların uygulanmasını zorunlu kıldığını ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, bu kavrama saf bir normatif muhteva yüklemenin mümkün olmadığı görüşündedir.⁶⁸

⁶⁵ BGHSt 35, 184, 186.

⁶⁶ BGHSt 35, 184, 186; karşı. Maiwald, s. 262.

⁶⁷ BGHSt 35, 184, 186-187.

⁶⁸ BGHSt 35, 184, 187.

Mahkeme'nin gönüllülük konusundaki temel yaklaşımını ortaya koyan 1987 yılında verdiği bu karar hakkında yazılan tüm karar tahlilleri karara muhalefet etmiştir.⁶⁹ Buna mukabil, 1987 senesinde verilen bu kararda, temellerini Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında bulan, failin kendisini vazgeçme kararı alırken hür hissedip hissetmediği veya bir zorunluluğun ortaya çıkardığı mecburiyetin sevkiyle mi hareket ettiği kıstasının uygulandığı vurgulanmalıdır.⁷⁰

Buna ilave olarak, benzer vakalarda Mahkeme'nin farklı neticele- re varması eleştiri konusu olmuştur. Mahkeme'nin bu özeleştirisini, taraftar olduğu görüşe itimadı olmadığı şeklinde yorumlanmıştır.⁷¹ Buna karşılık, yukarıdaki vakaya ilişkin olarak öğretilde, gönüllü vazgeçmede saf psiko- lojik belirleme yapılması ve etik bir değerlendirmenin söz konusu olma- ması nedeniyle vazgeçmenin gönüllü olduğu sonucuna varan müellifler de vardır.⁷²

Keza, Mahkeme'nin hür irade kavramına ilişkin yaptığı lafzi yorum da öğretilde eleştirilmiştir. Örneğin, *Puppe* pratik felsefede hürriyet kavramı- na ilişkin köklü bir gelenek olduğunu; buna göre kişinin ancak belli norm- lara uyarak hür olabileceğini ve insanın sadece dürtü ve ihtiyaçlar tarafın- dan yönetilmediğini ifade ettikten sonra bu hürriyet anlayışının en önemli temsilcisinin *Immanuel Kant* olduğunu eklemiştir. Almanya'nın en yüksek mahkemesinin yargıçlarının bundan habersiz görünmelerinin çok talihsiz ol- duğunu kaydetmiştir. Buna karşılık *Puppe*, *Kant* felsefesinin bir unsurunun da hukukta ahlaki ölçütlerin kullanılmasına karşı itiraz olduğunu da vurgu- lamaktadır. Modern hukukun harici olanla alakadar olduğu ve vatandaşların ahlaki veya gayri ahlaki gerekçelerle hukuka uyduklarının bir önemi bulun- madığı açıktır. Mamafih, bu yazara göre gönüllü vazgeçmede söz konusu olan failin hukuka uygun davrandığının tasdiki değildir. Bilakis burada söz konusu olan failin teşebbüsten vazgeçerek ödüllendirilmeyi hak eden, adeta yaptığını telafi eden bir çaba ortaya koymuş olmasıdır. Bu nedenle failin teşebbüsten dolayı cezayı hak edecek şekilde hürriyetinden feragat edip et- mediğinin tespiti hukuk etiğinin ölçütleri olmaksızın halledilecek bir mesele

⁶⁹ Bkz. Maiwald, s. 255 vd.

⁷⁰ Maiwald, s. 257.

⁷¹ Bkz. Hermann, s. 107-108

⁷² Jescheck/Weigend, s. 544.

değildir.⁷³ Buna karşılık *Roxin*, hür irade kavramının günlük hayattaki kullanımının da tamamen göz ardı edilemeyeceği, daha ziyade kendi görüşünün hür irade kavramının günlük hayattaki manasıyla telif edilebileceğini ileri sürmüştür.⁷⁴ *Roxin*, kanunun lafzında yer alan hür irade (*Freiwilligkeit*) kavramına normatif bir mana yüklenmesine, kanunun düzenlediği müessesenin temelinde yatan ampirik ve olgusal temelin esas alınmak suretiyle yapılması halinde bir engel olmadığı kanaatindedir. Buna mukabil, salt fail üzerindeki psikolojik baskının şiddetini esas alan psikolojik görüşün ne anlamlı ne de kabili tatbik olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca müellif, kanunun lafzının da saf bir psikolojik yaklaşımı zorunlu kılmadığı görüşündedir.⁷⁵ Her hâlükârda bu izahlardan saf bir normatif teorinin savunulmasının Alman Ceza Kanunu m. 24 hükmünün lafzı karşısında savunulmasının pek mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır.⁷⁶

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, her ne kadar psikolojik teoriyi benimsese de gönüllü vazgeçme düzenlemesinin ardında yatan temel düşünceyi normatif teorilerin daha iyi yansıtabileceği görüşünü de yukarıda izah edilen kararında ifade etmektedir. Kararda, normatif teorilerin kanunun lafzıyla telif edilemez nitelikte olduğunu ortaya koymuştur. Mahkeme, daha çarpıcı bir biçimde bu konudaki çözümün ancak kanun değişikliği ile mümkün olabileceği görüşünü de ileri sürmüştür.⁷⁷ Öğretide de sadece gönüllü vazgeçme normunun amacından yola çıkarak saf bir normatif değerlendirmeye gönüllülük kavramının yorumlanması hür irade kavramının lafzıyla bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir.⁷⁸

b) Frank Formülü

Psikolojik teori çerçevesinde sıkça zikredilen *Frank* Formülü de psikolojik kıstasları esas almaktadır. Bu formüle göre fail şayet “neticeye ulaşmaya imkân olmasına rağmen artık istemiyorum” diyorsa vazgeçmesi gönüllü, buna karşılık “neticeye ulaşmak istesem de artık ona ulaşamam” diyorsa vaz-

⁷³ Bkz. Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 3. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2016, s. 281.

⁷⁴ *Roxin*, s. 609-610.

⁷⁵ *Roxin*, s. 611.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. Hermann, s. 129 vd, 140; Kühl, s. 567; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 116.

⁷⁷ BGHSt 35, 184, 187.

⁷⁸ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 231; Rengier, s. 338; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 33.1.

geçmenin gönüllü olmadığı sonucuna varılır.⁷⁹ Frank, formülünün bununla beraber gerçekte gönüllü vazgeçme saikinin ahlaki değerinin (*ethischen Wert*) önemli olmadığı düşüncesinin bir ifadesi olduğunu vurgulamıştır.⁸⁰ Ayrıca bu müellif, bu nedenle İmparatorluk Mahkemesi'nin hırsızın malın değerini az bularak hırsızlığa teşebbüsten vazgeçmesine ceza vermemesinin yerinde olduğu görüşünü dile getirmiştir.⁸¹

Bu formül öteden beri vazgeçmeye elverişli olan ve olmayan davranışı tanımladığı ve dolayısıyla iradilik konusunda tatbik edilebilir bir kıstas ortaya koymadığı gerekçesiyle tenkide uğramıştır.⁸² Zira failin artık istese de suçun icrasına devam edemeyeceğini düşündüğü bir durumda başarısız teşebbüs söz konusu olduğundan bu durumda gönüllü vazgeçmenin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.⁸³

2. Normatif Teoriler

Saf psikolojik teori olarak nitelendirilebilecek olan yaklaşımlar öğretide ağır eleştirilere uğramıştır.⁸⁴ Normatif teoriler ise failin vazgeçme saikinin gönüllü vazgeçme müessesinin *ratio legis*'i de dikkate alarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Genel olarak normatif teoriler, failin vazgeçme davranışını cezalandırmanın amaçları ışığında değerlendirilmesi suretiyle, bu davranışın failin hukuka uygun davranma tutumuna geri dönme niteliği arz edip etmediğine bakarak gönüllülük konusundaki değerlendirmeyi yapmaktadır. Fail bakımından hukuka uygun davranma iradesinin söz konusu olduğu vakalarda artık failin ne genel ne de özel önleme mülahazasıyla cezalandırılması icap edecektir.⁸⁵ Normatif teoriler marifetiyle gönüllülüğün gai tahdidi ihtiyacı duyulmasının bir diğer önemli nedeni de fail lehine cömert bir düzenleme niteliği arz eden gönüllü vazgeçme normu ve tatbikatının meşru bir zemine oturtulması ihtiyacıdır. Bu nedenle hür

⁷⁹ Reinhard Frank, "Vollendung und Versuch", in: Vergleichende Darstellung, Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Verlag von Otto Liebmann, Berlin 1908, s. 231.

⁸⁰ Frank, s. 231.

⁸¹ Frank, ibid.

⁸² Lilie/Albrecht, § 24 kn. 223.

⁸³ Bkz. Puppe, s. 281; Jäger, § 24 kn. 63.

⁸⁴ Krşl. Eser/Bosch, § 24 kn. 42; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 109.

⁸⁵ Rengier, s. 337; Stratenwerth/Kuhlen, s. 215; Jäger, § 24 kn. 68; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 33.

irade kavramının sadece hukuk dışındaki değerlendirme kıstaslarına yani psikolojik olarak tanımlanmasının mümkün olmadığı, normatif bir sınırlandırmanın şart olduğu savunulmaktadır.⁸⁶ *Maiwald'*a göre, hür irade şartının kanuna eklenmesiyle bizzatıhi gönüllü vazgeçme halinde faille tanınan cezasızlık ayrıcalığı ihdas amacına hizmet edebilmektedir.⁸⁷ Bir başka deyişle hür irade, teşebbüsten vazgeçene ceza verilmemesinin nedenini teşkil etmektedir.⁸⁸

Yalnızca psikolojik kıstaslara müracaat edilmesinin bu şahsi cezasızlık sebebinin ihdas gerekçesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Ayrıca hür irade (*freien Willens*) kavramının psikolojik olmaktan ziyade ahlaki bir kavram olduğu da ifade edilmiştir.⁸⁹ Yüksek Mahkeme içtihadının çelişkileri barındırdığı ve keyfi olduğu da ileri sürülmektedir.⁹⁰ Psikolojik yaklaşıma yöneltilen bu tenkitlerin ardından farklı müellifler tarafından çeşitli normatif teoriler ortaya konulmuştur. Bu çerçevede hür irade kavramı meselesi psikolojik-ampirik bir kavram olarak değil bilakis bir değerlendirme sorunu olarak ele alınmıştır. Bu teorilere bakıldığında genel olarak failin cezalandırılmasının ahlaka uygunluğundan failin vazgeçmesinin gönüllü vazgeçme müessesinin amacıyla bağdaşır olup olmadığı kıstasını esas alan bir yelpazede de oldukları görülmektedir. Tüm bu teorilerin ortak noktası gai bir yorumla ‘hür irade’ kavramının uygulama sahasını daraltma amacı gütmeleri ve failin kendi hür (*otonom*) iradesiyle hareket etmesine ilave olarak çeşitli şekillerde formüle ettikleri failin içsel olarak fiilden uzaklaşmasını (*innere Distanzierung von der Tat*) talep etmeleridir. Zira ancak bu şekilde failin suça teşebbüsle ortaya çıkardığı cezalandırma lüzumu ortadan kalkabilecektir.⁹¹ Bu nedenle bu teorilerin genellikle kanunun lafzıyla bağdaşmadıkları ve kanunilik ilkesini ihlal ettikleri ileri sürülmektedir.

Bu teoriler uyguladıkları kıstas ve kavramlar bakımından çeşitlilik arz etmektedir. Bununla birlikte failin vazgeçme saikinin “hukuka veya hukukiliğe geri dönüş” niteliği taşıması gerektiği bu teorilerin ortak noktasıdır.

⁸⁶ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 691.

⁸⁷ Maiwald, s. 258.

⁸⁸ Maiwald, s. 259.

⁸⁹ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 224.

⁹⁰ Bkz. Lilie/Albrecht, § 24 kn. 224.

⁹¹ Bkz. Fischer, § 24 kn. 20.

Hangi hallerde bu şartın gerçekleşmiş sayılacağı konusunda ise çok farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁹² Bu çalışmada çok tartışılmış olması nedeniyle *Bockelmann*'ın hukuk ahlakı ve *Roxin*'in suçlu mantığı teorisi ile son zamanlarda *Bitzilekis* tarafından geliştirilen suç mantığı teorileri detaylı olarak ele alınacaktır. Bunlar dışında öğretilerde tartışılan birçok teori mevcuttur.⁹³ Buna mukabil çalışmanın sınırları düşünülerek aşağıda bunlarla ilgili tanıtıcı bilgi verilmesiyle iktifa edilmiştir. Öğretilerde geliştirilen normatif teorilerden bazıları şunlardır⁹⁴:

- *Herzberg* tarafından mazeret sebebi olan zorunluluk haline (Al. CK. m. 35) kıyasen geliştirilen görüşe göre fail bu zorunluluk halindeki sebepler nev'inden tehlikelere maruz kalarak vazgeçtiği hallerde gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.⁹⁵ Bu kıstas keyfi olduğu ve mağdurun faile yakın bir kimse olduğu durumlarda kurumun uygulama alanını oldukça daralttığı tenkidine uğramıştır.⁹⁶
- Gönüllülüğün tespitinde diğer hukuki kurumlara kıyasla çözüm getirme çabalarından biri de *Jäger* tarafından ortaya atılmıştır. Bu müellefe göre, iştirake ilişkin kurallar üzerinden mesele çözülebilir. Buna göre dolaylı failin sorumluluğunu ortadan kaldıran cebir, kusur yeteneğinin bulunmaması, hata veya hareketin anlamını yitirmesi gibi durumlarda artık vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁷
- *Amelung* da gönüllülük ile menfi bir tanım yapma çabasına girişmiştir. Buna göre vazgeçme zorlayıcı sebeplerin, üzerinde hâkimiyet kurulamayan bedensel veya ruhi hallerin neticesinde ortaya çıkmışsa

⁹² Bkz. Hermann, s. 115 vd.; Roxin, s. 618 vd.; Stratenwerth/Kuhlen, s. 216; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 110; Rainer Zaczyk, in: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen (hrsg.), Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, § 24 kn. 66.

⁹³ Bu teorilerin tafsilatlı bir tahlili için bkz. Hermann, s. 115 vd.; ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf, s. 166-167.

⁹⁴ Bu teoriler psikolojik, ampirik unsurlar da ihtiva ettiklerinden karma teoriler olarak da tavsif edilmektedir. Hermann, s. 117-119.

⁹⁵ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 917.

⁹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 917.

⁹⁷ Jäger, § 24 kn. 70 vd.; ayrıca bkz. Roxin, s. 622-624; Wessels/Beulke/Satzger, kn. 917.

gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.⁹⁸ Bu görüşlerin vardığı neticeler büyük oranda öğretimeki hâkim görüşle örtüşmektedir.⁹⁹

a) Bockelmann: Hukuk Ahlakı Teorisi

Bockelmann'a göre failin vazgeçme hareketinde saikinin ahlaki (etik) niteliğine bakılarak vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu müellife göre teşebbüsten vazgeçmede ahlaki saikler önemsiz olmak şöyle dursun, gönüllülüğē ilişkin değerlendirmede belirleyici kıstas olmalıdır. Müellif bu görüşünün ceza hukukunu ahlakileştireceğē görüşünü reddetmektedir. Burada ahlaki saikten kastın “hukuk ahlaki” olduğu yoksa sübjektif değer yargıları, belli bir dünya görüşü veya dini inancın hâkim tarafından tatbiki anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Burada müellif, meşhur “hukukun ezoterik ahlaki” kavramını kullanmaktadır. Buna göre, failin suçtan arzu ettiğē neticeyi elde edemeyeceğini görerek vazgeçmesi veya daha sonra müsait şartlar oluştuğunda suçu işlemeye karar vermesi halinde bu vazgeçme artık gönüllü değildir.¹⁰⁰ Gössel, diğē normatif teorilere yapılan tenkidi yineleyerek *Bockelmann*'ın görüşünün kanuna uygun olmadığını ileri sürmüştür.¹⁰¹ Günümüzde *Bockelmann*'ın görüşü savunulmasa da *Eser'in* vazgeçme hareketinin vazgeçenin hukuka sadakat içinde bir tutum sergilemesi gerektiğē yolundaki normatif teorisi bu görüşē yaklaşmaktadır.¹⁰² Keza, *Eser'in* hür iradenin (“*freier Wille*”) psikolojik değıl ahlaki bir kavram olduğu yolundaki görüşü de bu fikri güçlendirmektedir.¹⁰³

b) Roxin: Suçlu Mantiğı Teorisi

Claus Roxin, 1972 yılında yayınladığı *Heinitz Armağani*'ndaki çalışmasında gönüllü vazgeçme kurumunun ratio legisi yani müessesenin hizmet etmek istediğē gayeden yola çıkarak hür iradeyle vazgeçme şartını ele almış ve günümüze kadar öğretime etkisini sürdüren “suçlu mantığı/aklı” (*Verbrec-*

⁹⁸ Knut Amelung, „Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreiden Rücktritts vom Versuch“ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (120), 2008, ss. 206-245, s. 237 vd.

⁹⁹ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 917.

¹⁰⁰ Bockelmann, s. 183.

¹⁰¹ Maurach/Gössel/Zipf, s. 167.

¹⁰² Eser/Bosch, § 24 kn. 43.

¹⁰³ Eser/Bosch, § 24 kn. 43.

hervernunft) geliştirmiştir. *Roxin* psikolojik teorilerin, failin manevi dünyasında cereyan eden psikolojik durumlar tespit edilemeyeceğinden, psikolojik kıstaslara göre yapılacak değerlendirmelerin keyfiliğe yol açacağı görüşündedir.¹⁰⁴

Roxin'in temel argümanı, bir failin vazgeçmesinin iradi kabul edilebilmesi için bunun fail aklı olarak tabir ettiği akıl yürütme biçimine aykırı olması gerekir. Bu yazara göre, şayet failin işlediği suç tipi bakımından vazgeçme davranışı makul ise artık bu kişinin gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanmaması gerekir.¹⁰⁵ *Roxin'in* bu görüşü, bu müellifin tüm suç teorisinde olduğu gibi suç siyaseti mülahazasına istinat etmektedir. *Roxin*, gönüllü vazgeçmede iradilik şartını da değerlendirirken suç siyaseti zaviyesinden vazgeçen failin bu iradesine değer tanınıp tanınmayacağı meselesini tartışmaktadır. Bu çerçevede örneğin Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin cinsel saldırı teşebbüsü sırasında mağdurun kısa bir süre sakinleştikten sonra rıza ile ilişki sözü vermesi üzerine suçun icrasından vazgeçen failin iradi olarak vaz geçtiğini kabul ettiği kararı tenkit etmektedir.¹⁰⁶ Burada Mahkeme, failin hür iradesiyle cinsel saldırıdan vazgeçtiğini kabul etmiştir. Zira müellife göre failin esas amacı mağdurla cinsel ilişkiye girmek olduğundan, failin suçun icrasından vaz geçmesi işlemek istediği suçun mantığına uygun düşmektedir. Mağdurun teklifi failin planlarını gerçekleştirmesini oldukça kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle *Roxin*, suç politikası zaviyesinden değelerdirme yaparak bu durumu kullanan failin cezasızlıkla ödüllendirilmesinin yerinde olmadığı görüşüne varmaktadır.¹⁰⁷ Burada *Roxin*, *Bockelmann* gibi hukukun ezoterik ahlakından yani failin vazgeçme sebebinin ahlaksızlığından yola çıkmak yerine suçlu mantığı düşüncesi üzerinden failin ceza alması gerektiği yolundaki görüşü temellendirmektedir.¹⁰⁸ Buna göre fail hukuka uygun davranma iradesiyle hareket etmişse vazgeçme hareketi iradi, buna karşılık salt failin işlediği suç tipiyle ilgili amaçlara hizmet ediyorsa vazgeçmenin iradi olmadığı kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Burada *Roxin* bir model fail belirlemekte ve onun bakış açısıyla bir

¹⁰⁴ Roxin, FS-Heinitz, s. 252.

¹⁰⁵ Roxin, FS-Heinitz, s. 258.

¹⁰⁶ BGHSt 7, 296 ff.

¹⁰⁷ Roxin, FS-Heinitz, s. 259.

¹⁰⁸ Roxin, FS-Heinitz, s. 260.

¹⁰⁹ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 226.

kar zarar dengesi hesabına dayalı olarak iradilik unsurunu ele almaktadır. *Roxin'in* faili inatçı, işlemeyi kast ettiği suç tipiyle ilgili risk ve imkânları soğukkanlılıkla değerlendirerek hareket eden biridir.¹¹⁰ Bu müellife göre fail yakalanma ve cezalandırılma endişesi gibi akla uygun bir nedenle vaz geçerse bu artık iradi bir vazgeçme değildir. Failin görüldüğünü düşünüp icradan vazgeçmesinin söz konusu olduğu bir vakada fail akla uygun hareket etmiştir. Mamafih, suçlu davranışına son derece uygun olan bu davranışın hukuk düzeni tarafından ödüllendirilmemesi gerektiğinden bu vazgeçmenin iradi olmadığı kabul edilmelidir. Buna karşılık bir hırsız aşırı korku içinde aniden hırsızlık fiilinden vazgeçer ve olay yerinden kaçarsa, kendi mesleğinin kıstaslarına göre akla uygun hareket etmiş olmayacaktır; çünkü akli başında bir suçlu bir neden olmaksızın korkuya kapılmaz. Yine birini öldürmeye teşebbüs eden failin öldürmeyi planladığı diğer kişiyi kaçırmak için vazgeçme davranışında bulunması da suçun işlendiği zaman ve duruma uygundur. Bu nedenle bu görüşe göre fail gönüllü vazgeçmeden yararlanmamalıdır.¹¹¹ Bu durumda mesleğini iyi icra edemeyen hırsız hukuk düzeni tarafından ödüllendirilmelidir. Netice itibarıyla *Roxin'in* iradilik unsuru bakımından temel değerlendirme kıstası, failin hukuka uygun davranışta bulunma iradesini mi gösterdiği yoksa işlemeyi kast ettiği suç bakımından mantıklı olan bir davranış mı gösterdiğidir.¹¹² *Roxin* normatif iradilik modeline göre failin vazgeçme nedeninin ahlaken tasvip edilen bir neden olması önemli olmayıp somut suçla tevil edilemeyecektir. Fail işlemeyi kast ettiği suçla olan yaklaşımının esaslı bir biçimde değiştiğini gösteren davranışta bulunması yeterlidir.¹¹³

Roxin teorisine yönelik suçlu mantığı kavramının ampirik bir karşılığı olmadığı tenkidine de cevap vererek, buradaki suçlu mantığının sadece normatif bir yardımcı ölçüt olduğunu, ampirik bir karşılığının elbette olmadığını ifade etmiştir. Müellif geliştirdiği teorinin sadece gönüllü vazgeçme vakalarında gönüllülük şartının yorumuna bir yardımcı araç olduğunu, bu şarta müteallik tüm vakaları çözen bir anahtar olmadığını vurgulamıştır.¹¹⁴ Hiç şüphesiz müellif tarafından da vurgulandığı gibi buradaki en önemli kıstas

¹¹⁰ Roxin, FS-Heinitz, s. 256.

¹¹¹ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 111.

¹¹² Roxin, FS-Heinitz, s. 256.

¹¹³ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 226.

¹¹⁴ Roxin, Allgemeiner Teil II, s. 601.

failin vazgeçme hareketinin suç planına uygun olmayan bir davranış teşkil etmesidir. Örneğin failin mağdura acıması, cesaretini yitirmesi veya sebepsiz bir korkuya kapılması hallerinde, fail işlemeyi kast ettiği suça yönelik motivasyonu ile telif edilemeyecek, suç planına aykırı bir saikle teşebbüsten vazgeçmektedir. Bu nedenle fail, teşebbüs davranışını vazgeçme davranışıyla iptal ettiğinden (kaldırdığından) artık cezalandırılmayı gerektiren bir fiilden de söz edilmeyecektir. Genel önleme bakımından da bir cezalandırma gereği söz konusu olmayacaktır; çünkü nihayetinde hukukun gerekleri failin suç planına galebe çalmıştır. Özel önleme amacı bakımından da fail vazgeçme davranışıyla hukuka saygı göstermiş olduğundan cezalandırma lüzumu ortaya çıkmayacaktır.¹¹⁵

Şüphesiz *Roxin'in* teorisi normatif irade hürriyeti teorilerinden yalnızca biridir. Öğretide, irade hürriyetinin varlığının kabulünü failin toplum bakımından tehlikeli olduğu intibasını ortadan kaldırmasına, toplumun hukuk normlarına karşı sarsılan güvenini tazelemesine veya failin durumundaki hayali bir kişinin nasıl davranması gerektiği gibi kıstaslara bağlanmasını savunan görüşler de mevcuttur.¹¹⁶ Gönüllü vazgeçmenin hukuka sadakat içinde olan bir tavrın yansıması olması gerektiğini savunan görüşe göre, vazgeçme ancak failin davranışının yeniden hukuk yoluna girmesi şeklinde değerlendirilebilecek ise vazgeçmenin gönüllü olacağı kabul edilmektedir. *Ulsenheimer* tarafından savunulan bu görüşe göre fail hukuka uygun davranışın temel değerlerinden saparak suça teşebbüs etmekte ve gönüllü vazgeçme halinde tekrar hukuka uygun davranma iradesini ortaya koymaktadır. Bu nedenle ancak failin hukuka uygun davranma iradesini ortaya koyduğu düşünülen vakalarda iradesinin hür olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁷

Gönüllülük şartının uygulama kapsamının bu şekilde daraltılması, daha doğrusu hür irade kavramının normatif olarak bu denli genişletilmesinin “hür irade” teriminin lafzını aşan bir genişletici yorum olduğu tenkidi gerek yargı kararları gerekse de öğretide bu teorilere getirilen en esaslı tenkidtir. Esasen bu şekilde gönüllü vazgeçme kurumuna ilişkin suç siyaseti mülazımları bir bakıma hür irade kavramı üzerinden gönüllü vazgeçmenin şartı

¹¹⁵ Roxin, Allgemeiner Teil II, s. 599.

¹¹⁶ Bkz. Lilie/Albrecht, § 24 kn. 227 vd.; Fischer, § 24 kn. 20.

¹¹⁷ Klaus Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Walter de Gruyter, Berlin 1976, s. 314 vd.

haline getirilmektedir.¹¹⁸ Bu nedenle Federal Mahkeme hür irade kavramının normatif olarak yorumlanmasını reddetmektedir. Gönüllü vazgeçmenin uygulama sahası böylelikle hatırı sayılır bir şekilde daraltılmaktadır. Buna karşılık *Rengier*'e göre mağdurun korunması mülahazasıyla gönüllü vazgeçme daha geniş yorumlanması gereken bir kurumdur.¹¹⁹

c) *Bitzilekis: Suç Mantiğı Teorisi*

Yunan hukukçu *Bitzilekis* tarafından geliştirilen suç mantığı teorisi ortaya koyduğu kıstaslar ve failin işlemeyi kastettiği suç tipini esas alması bakımından kendi içinde tutarlı bir yapı arz etmektedir. Buna göre, gönüllü vazgeçmeden söz edilebilmesi için failin vazgeçme hareketini gerçekleştirme imkânı ve iradesi olmalıdır. Failin suçun icra hareketlerini tamamlama imkânı veya tamamlama iradesi mevcut değilse artık gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.¹²⁰

Ayrıca failin iradesinin her türlü olumsuz harici şartı ortadan kaldıracığı düşüncesi de yerinde değildir. Zira bu bakış açısıyla mağdurun kanlar içinde kalması veya failin üçüncü bir kişi veya mağdur tarafından ikna edilmesi gibi haller harici engel olarak telakki edilebilecek ve vazgeçmenin iradi olmadığı kabul etmek gerekebilecektir. Çalınmak istenen arabanın alarmının çalması, fırtına kopması, bekçi köpeğinin havlaması veya aniden kapının çalması gibi durumlar da bu çerçevede değerlendirilebilir.¹²¹

Peki, bu harici tesirler, örneğin polisin veya üçüncü bir kişinin olay mahalline aniden gelmesi, failin işlendiğinin ortaya çıkması veya mağdurun silahını alması gibi durumlarla aynı kapsamda mı değerlendirilecektir?¹²²

Yukarıda izah edilen bu harici etkilerden hangisinin veya hangilerinin failin otonom hareket etme yeteneğini ortadan kaldırdığı sorusuna cevap vermek pek mümkün gözükmemektedir. Keza failin bu gibi tesirlerle, harici âlemde meydana gelen değişikliklerle mi yoksa sadece kendi manevi

¹¹⁸ Bkz. Fischer, § 24 kn. 20.

¹¹⁹ Rengier, s. 338.

¹²⁰ Bkz. Nikolaos Bitzilekis, "Zur Autonomie der Rücktrittentscheidung", in: Felix Herzog ve Ulfrid Neumann (hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, ss. 661-679, s. 661-662

¹²¹ Bitzilekis, s. 662.

¹²² Bitzilekis, s. 663.

âleminde aldığı bir kararla mı vazgeçtiği sorusuna da cevap vermek mümkün değildir. Bu nedenle, harici zorlayıcı nedenlerin ölçülmesi ve derecelendirilmesine dönük her türlü çaba başarısız olacağı gibi aynı zamanda inandırıcı ve akla uygun olmaktan uzak olacaktır. *Bitzilekis*, buradan yola çıkarak failin hangi tesirlerin etkisinde kalarak vazgeçtiğinin cevabının olayın ve failin toplumsal bağlamı içinde yapılacak normatif bir değerlendirmeye mümkün olabileceği görüşündedir. Bir başka deyişle bu müellife göre harici veya dahili bir unsurun failin iradesini zorlayan bir engel mi sadece failin alacağı kararlara bir vesile olma vasfı mı taşıdığı ampirik-psikolojik ölçütler kullanılarak anlaşılamaz. Bu görüşe göre; failin vazgeçme hareketinin iradiliği konusundaki değerlendirme failin değer yargılarından ve onun hareketine verilen sosyal tepkilerden bağımsız değerlendirilemez. Bilakis bu konudaki değerlendirme hukuki ve ahlaki normlar çerçevesinde yapılmalıdır. *Bitzilekis*, bu konuda normatif bir değerlendirmeye gitmenin bu değerlendirmenin psikolojik temelini ortadan kaldırmadığını da vurgulamaktadır. Müellifin üzerinde durduğu nokta psikolojik-ampirik unsurların failin hür iradesiyle hareket edip etmediğini tespiti yeterli kıstaslar sağlamadığı hususudur.¹²³

Gönüllülük şartı hususunda benimsenen bu yaklaşıma göre, failin üzerindeki psikolojik baskının yani O'nu vazgeçmeye yönlendiren saikin yoğunluğu (*Intensität des Motivs*) değil saikin türü (*Art des Motivs*) gönüllülük bakımından yapılacak değerlendirmede esas alınmalıdır. *Bitzilekis'e* göre failin ceza alacağı korkusuyla vazgeçmesiyle, hayati veya vücut bütünlüğüne yönelik tehlike veya derhal yakalanma korkusuyla vazgeçmesi arasında büyük fark vardır. Birinci halde fail, ceza normlarının korkutucu tesiri altında hareket ettiği sürece hukuk çerçevesinde hareket ederken, diğer hallerde fail suçun icrasıyla doğrudan irtibatlı tehlikeleri düşünerek adeta suçun ortaya çıkardığı zorunluluk hali (*verbrecherischen Not*) çerçevesinde hareket etmektedir. Daha fazla risk almak istemediği için suçun icrasından vazgeçen failin gönüllü vazgeçmediği kabul edilmelidir. Zira fail pratik gereklilikler neticesinde vazgeçmeye mecbur olmuştur, gönüllü vazgeçmemiştir.¹²⁴ Bu izahlar ışığında *Bitzilekis*, hür irade kavramının failin psikolojik durumuna atıfla çözümünün ikna edici ve memnuiyet verici neticeler vermediğini ve irade hürriyeti kavramının saf tasviri (deskriptif) bir tarzda yorumlamanın

¹²³ Bitzilekis, s. 663-664.

¹²⁴ Bitzilekis, s. 664-666.

mümkün olmadığı görüşündedir. Failin otonom mu yoksa heterenom sebeplerle mi hareket ettiği sorusu ancak normatif kıstaslar marifetiyle mümkün olabilir. Bu nedenle, failin ceza almaması sonucunu doğuran hukuk öğretisinin bir kurumunun suç siyasetini dikkate alan bir muhtevayla donatılması icap etmektedir.¹²⁵

Roxin'in aklı bir ölçüt olarak ortaya koymasından istifade eden *Bitzilekis* suçlu mantığı yerine “suç mantığı” (*Verbrechenslogik*) kavramını geliştirmiştir. *Roxin'in* suçlu mantığının tatmin edici sonuçlar doğurmadığını kaydeden yazar gönüllü vazgeçmeden söz edilebilmesini failin “suçunu” tasfiye etmesi, ortadan kaldırması gerektiğini ileri sürmektedir. Bunun da ancak failin vazgeçme davranışı neticesinde bundan işlemeyi kast ettiği suçla alakalı bir fayda temin etmemesi ile mümkün olacağını ifade etmektedir. Bu faydanın da ancak menfi olarak tespit edilebileceği, kural olarak vazgeçmenin gönüllülüğe delalet edeceğini eklemektedir. Buna göre vazgeçme ancak istisnai hallerde gönülsüz olacaktır. Buradaki değerlendirmede de failin vazgeçmeyle birlikte değişen şartlara göre suçla ilgili tutumunu değiştirip değiştirmediği, bir başka deyişle işlemeyi kast ettiği suçla alakalı vazgeçme davranışıyla daha avantajlı bir durum yaratıp yaratmadığı kıstası esas alınacaktır. Bu noktada *Bitzilekis* üç vaka tipinde vazgeçmenin gönüllü olmayacağı sonucuna varmaktadır.¹²⁶ Bunlar:

1. *Vazgeçmenin, failin suç işleme amacına hizmet ettiği vakalar.* Bu gibi vakalarda fail, icrasına başladığı fiili bir başka suç işlemek için bırakmaktadır. Failin daha zengin mağdura saldırmak için daha fakir mağduru bırakması bu vaka tipine örnektir. Fail bu gibi vakalarda ya başka bir mağdura ya da başka bir suça yönelmektedir (örneğin, dolandırıcılıktan vazgeçerek zimmet suçu işleme). Burada soyut suç işleme amacı değil, somut suça teşebbüs fiilinin yarattığı durumundan yararlanmak söz konusudur.¹²⁷ Buna göre failin suçtan elde edeceği menfaati artırdığı durumlarda vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmelidir. Teşebbüsten vazgeçme daha hafif bir suçun işlenmesi için gerçekleştirilmişse artık vazgeçme gönüllüdür. Örneğin, failin kasten yaralamadan vazgeçerek hakaret etmeye karar vermesi halin-

¹²⁵ Bitzilekis, s. 666-667.

¹²⁶ Bitzilekis, s. 672.

¹²⁷ Bitzilekis, s. 672-673.

de yaralama suçundan vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir. Burada, failin vazgeçme davranışında kriminal enerjisinin düşmesinin mi yoksa tam aksine suç işleme konusunda ortaya çıkan yeni imkânların mı belirleyici olduğu tespit edilmelidir.¹²⁸

2. *Vazgeçmenin suça teşebbüsün ortaya çıkardığı zorunluluk halinden kurtulmaya hizmet ettiği vakalar.* Bu gibi vakalarda vazgeçme failin kendi hukuki değerlerine yönelik tehlikelerin bertaraf edilmesi için elverişli bir araç olarak görünmektedir. Bir başka deyişle gerçekten böyle bir durum olmasa da failin böyle bir zorunluluk halinin bulunduğunu düşünmesi kâfidir.
3. Bu kapsamdaki üçüncü vaka tipi de *failin eylemde bulunmasının artık bir anlamı kalmaması (Wegfall des Handlungssinns) neticesi vazgeçme davranışını gösterdiği vakalardır.* Örneğin, failin suçun konusunun kendi beklentilerinin gerisinde kalması nedeniyle vazgeçme davranışını göstermesi suçun mantığına uyduğundan bu vazgeçme gönüllü sayılmayacaktır.¹²⁹

Netice olarak *Bitzilekis*, failin hür iradesiyle suçun icrasını neticelendirilmesinin sadece zorlayıcı tesirlerden değil aynı zamanda suçun gerekliliklerden bağımsız olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle vazgeçme şayet failin icrasına başladığı suçun mantığına uygunsa artık gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.¹³⁰

3. Karma Teoriler

Psikolojik ve normatif teorilerin eksiklerinden yola çıkarak öğretilde, psikolojik ve normatif unsurları uzlaştırmaya çalışan yaklaşımlar da ortaya atılmıştır.¹³¹ Örneğin, *Lilie/Albrecht* somut vakada gönüllülük şartı ele alınırken psikolojik ve normatif unsurları dengeleyen bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği görüşündedir. Bu müelliflere göre ancak bu sayede gönüllü vazgeçme davranışının hür irade eseri olup olmadığı anlaşılabilir. Bu noktada psikolojik unsurların normatif unsurlarla sınırlandırılması düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Böylece ispat hukuku bakımından ortaya çıkabilecek sorunların üstesin-

¹²⁸ Bitzilekis, s. 673-675.

¹²⁹ Bitzilekis, s. 677-678.

¹³⁰ Bitzilekis, s. 678.

¹³¹ Bkz. Hermann, s. 117 vd.; Kühl, s. 566.

den gelinmesi umulmaktadır. Hür irade kavramını, psikolojik bir kavram olmaktan ziyade bir hukuk kavramı olarak değerlendiren yazarlar yukarıda izah edilen psikolojik değerlendirme unsurlarına öngörülme- yen harici engeller unsurunu eklemektedir. Buna göre fail kendi orijinal suç planında öngöremediği harici durumlar nedeniyle suçu tamamlayabileceğini düşünmesine rağmen ortaya çıkan yeni şartlar nedeniyle adeta paralize olmuş ise artık gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.¹³² Buna karşılık bu teori saf normatif teorilerden farklı olarak ahlaken yüce bir vazgeçme saikinin varlığını hür iradenin varlığı için aramamaktadır. Buna göre ahlakilik yerine hukukilik esas alınmaktadır. Hatta *Zaczyk* psikolojik ve normatif hür irade yerine Alman Ceza Kanunu m. 24 hükmündeki hür iradenin bir hukuk kavramı (*Rechtsbegriff*) olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre, burada söz konusu olan ahlakilik değil hukukiliktir. Burada failin iradi olarak gerçekleştirdiği vazgeçme davranışı hukuki değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Burada esas olan harici olarak hukuka uygun davranmış olan failin bu durumda haksızlığı tam manasıyla gerçekleştirmiş olmasıdır. Burada belirleyici ölçüt, failin harici ve dâhili baskısı altında kalmadan vazgeçme kararını almış olması ve bu kararın bir zaruretin yarattığı baskının eseri olmaması gerekmektedir. *Zaczyk* bu hukuki değerlendirmede somut vakanın şartlarının değerlendirileceği ve burada ilk derece mahkemelerinin verecekleri karara büyük oranda saygı gösterilmesi gerektiği görüşündedir. Elbette kazuistik bir metotla vaka tiplerine göre gruplandırma yapılması bu hususta karar verilmesini kolaylaştıracaktır.¹³³

Bu çerçevede karma görüşler bakımından failin vazgeçme davranışında hukuk düzenine karşı müspet bir tutum içinde olması da aranmamaktadır. Bir başka deyişle failin, vazgeçme saikinin ahlaken kabule şayan olması gerekli değildir. Genel olarak bu görüş normatif, değerlendirici unsurları kurumun adilane bir şekilde sınırlandırılması için ek unsurlar olarak telakki etmektedir.¹³⁴

4. Vaka grupları

a) Öncelik vakaları (*Vorrangsfällen*)

Failin mağdura yönelik saldırısını bir başkasına saldırmak için sona er-

¹³² Lilie/Albrecht, § 24 kn. 243-245.

¹³³ Zaczyk, § 24 kn. 68.

¹³⁴ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 246-247; ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf, s. 167.

dirdiği vakalarda normatif ve psikolojik teoriler farklı neticelere varmaktadır. Normatif teoriye göre faili hukuka uygun davranma iradesi göstermediğinden hür iradesiyle davranmadığı kabul edilmektedir.¹³⁵ Gerçekten bu gibi vakalarda psikolojik teori taraftarı *Kühl*¹³⁶ ve *Maiwald*¹³⁷ gibi yazarlar da psikolojik teorinin normatif değerlendirmeye sınırlandırılmasına taraftardır. Daha doğrusu *Maiwald*, Alman Yüksek Mahkemesi'nin kıstaslarını uygulayarak da öncelik vakalarında vazgeçmenin gönüllü olmadığı neticesine varmaktadır. Bu müellife göre, failin öncelik verdiği suçu işlemek durumunda kalması bir hür irade değil failin içinde bulunduğu şartlar nedeniyle kendisini zorunlu hissettiği bir durumdur. Örneğin, yukarıda açıklanan, eski eşini öldürmek için eşin sevgilisini öldürmekten vazgeçen fail bakımından eşini öldürme saiki pekâlâ bir baskı (*Zwang*) olarak değerlendirilebilir. Bir başka deyişle, fail şayet her halükarda ikinci mağduru öldürmek istediye, ilk suçun icrasına devam edemezdi.¹³⁸ Normatif yaklaşım taraftarı *Roxin* ise böyle bir vakada gönüllü vazgeçmenin söz konusu olmadığını; çünkü failin vazgeçme hareketinin hukuka uygun davranışa dönme niteliğinde olmadığı düşüncesidir.¹³⁹

b) Erteleme vakaları (*Aufschubfällen*)

Bunun tipik örneği fail cinsel saldırı gerçekleştirdiği sırada mağdurun zaman kazanmak amacıyla kurnazca (hileli beyanla) başka bir yerde veya biraz sakinleştikten sonra cinsel ilişkiye rızayla gireceğini beyan ettiği vakalardır. Burada fail şiddete başvurarak tecavüz etme imkânını elinde tuttuğunu düşünmekte ve tekrar şiddet uygulamak konusunda da tereddüt etmemektedir. Psikolojik teoriye göre bu gibi vakalarda vazgeçme gönüllüdür. Buna karşılık normatif teoriler ise failin hür iradesiyle vazgeçtiğini kabul etmeme temayülü göstermektedir. *Rengier* bu nevi vakalarda failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerektiği düşüncesindedir. Zira bu yazara göre burada fail tecavüz yerine rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeye hazır olduğunu

¹³⁵ Kai Ambos, in: Dieter Dölling, Gunnar Duttge, Stefan König ve Dieter Rössner (hrsg.) *Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht Handkommentar*, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, § 24 kn. 33.

¹³⁶ Kühl, s. 569.

¹³⁷ Maiwald, s. 256, 263.

¹³⁸ Maiwald, s. 264.

¹³⁹ Roxin, s. 591-592, 600-601.

göstermekte ve gönüllü vazgeçme imkânının varlığı mağdurun korunması amacına hizmet etmektedir.¹⁴⁰

c) Manevi Engel vakaları (Hemmnisfällen)

Bu gibi vakalarda fail içine girdiği manevi baskı nedeniyle suçun icrasını tamamlamamaktadır. Örneğin, eşini öldürmeye teşebbüs eden failin çocuklarını görünce fiilin icrasından vazgeçtiği vakada, normatif teoriye göre fail hür iradesiyle vazgeçmiştir; çünkü vazgeçme davranışla tekrar hukuka uygun davranma iradesi göstermiştir.¹⁴¹ Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi bu olayda failin gönüllü vazgeçmediğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre fail çocuklarının aniden olay yerine gelmesi nedeniyle panik neticesinde korkuya kapılmış ve kendi içinde yaşadığı karşı konulamaz psikolojik engeller nedeniyle karısını bıçaklamaya devam edememiştir. Sonuç olarak, Mahkeme'ye göre failin bu vakada vazgeçmesine neden olan harici baskı nedeniyle, vazgeçme hareketi hür irade eseri olarak değerlendirilmemiştir.¹⁴²

d) Diğer Vakalar

Bu gibi vakalar bir yana bırakıldığında psikolojik ve normatif kıstasların birçok olayda benzer neticelere vardıkları ve kimi ortak noktaları da olduğu hususu vurgulanmalıdır. Failin *ex-ante* bakış açısının değerlendirmede esas olması¹⁴³, psikolojik görüşün ahlaki saikler esas almaması ve normatif teorilerin de umumiyetle ahlaki saikler yerine failin hukuka uygun davranma tutumuna geri dönüşünü esas alması ve şüphe halinde sanığın gönüllü vazgeçmeden yararlanması gibi hususlar bunlar arasında yer almaktadır.¹⁴⁴ Failin vakaya ilişkin sübjektif bilgisinin elverişsiz teşebbüsün de cezalandırıldığı Alman sisteminde fail teşebbüsün elverişli olduğunu düşündüğü sürece elverişsiz teşebbüsten de gönüllü vazgeçme mümkün olmaktadır.¹⁴⁵

Son olarak öğretilde hâkim olan görüşe göre kusur yeteneği olmayan

¹⁴⁰ Rengier, s. 338; Ambos, § 24 kn. 33.

¹⁴¹ Ambos, § 24 kn. 33.

¹⁴² BGH, Rücktritt vom Versuch aus seelischen Gründen, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1994, ss. 428-429, s. 429.

¹⁴³ Bkz. BGH, Beschl. v. 28.01.2015-4 StR 574/14 (LG Essen), Strafverteidiger (11), 2015, s. 688.

¹⁴⁴ Ambos, § 24 kn. 34.

¹⁴⁵ Jescheck/Weigend, s. 545; Jäger, § 24 kn. 64.

failin de gönüllü vazgeçebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, gönüllü vazgeçme doğal kastı (*natürlichen Vorsatz*) bulunduğu sürece gönüllü vazgeçmenin failin kusur yeteneğinin bulunmamasından etkilenmeyeceği kabul edilmektedir.¹⁴⁶

Uygulamada şu vakalarda failin hür iradesiyle vazgeçtiği kabul edilmektedir:

- Cinsel saldırıda mağdurun daha sonra rızasıyla cinsel ilişkiye gireceğine söz vermesi üzerine failin vazgeçmesi;
- Failin cesaretini yitirmesi;
- Üçüncü kişinin sakinleştirmesi sonucu vazgeçme;
- Vicdanen failin rahatsız olması ve cezalandırılmaktan korkarak vazgeçme;
- Kimsenin duyma imkânı olmamasına rağmen mağdurun çığlık atması üzerine vazgeçme;
- Utanma duygusu nedeniyle vazgeçme;
- Duygusal şok nedeniyle vazgeçme.¹⁴⁷

Keza şu vakalarda da vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmiştir:

- Failin yeni ortaya çıkan şartlar nedeniyle artık suçu işlemesinin çok riskli olduğunu düşündüğü vakalar;
- Manevi âleminde yaşadığı baskı nedeniyle suçun tamamlamaya muktedir olmaması;
- Yaşadığı psikolojik şok sebebiyle aldığı karara hâkim olamadığı haller (*Herr seiner Entschlüsse*) bu gibi durumlar zorlayıcı bir hal ve duygusal baskı durumlarında ortaya çıkmaktadır. Mağdurun yağma suçunda icra edilen cebir veya tehditten korkmaması durumunda çok daha farklı bir suç aracının lüzumlu hale gelmesi; öngörülmedik şekilde üçüncü bir kişinin olay yerine gelmesi gibi haller bu kapsamdadır;
- Vazgeçmeye iten düşüncenin fail tarafından vazgeçmeye mecbur eden bir engel veya duygusal bir baskı olarak telakki edilmesi

¹⁴⁶ Ambos, § 24 kn. 34; Kühl, s. 570; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 108.

¹⁴⁷ Bkz. Fischer, 24 kn. 22; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 108; Zaczyk, § 24 kn. 73; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 32.

- Yağma mağdurunun failin tehdidinden etkilenmemesi üzerine başka bir suç aracının gerekli olduğu hallerde vazgeçme;
- Failin fiili işlerken şaşırması veya rahatsız olması veya suçun işlenmesi imkânının kalmadığını düşünmesi hallerinde vazgeçme;
- Beklenmedik bir şekilde üçüncü bir kişinin suç mahalline gelmesi durumunda vazgeçme.¹⁴⁸

İcra sırasında ortaya çıkan yeni şartlar neticesinde failin ortaya çıkan riski fazla bulması nedeniyle vazgeçme ve yakalanma korkusu nedeniyle failin vazgeçtiği vakalarla daha sık karşılaşmaktadır. Failin suçu tamamlaması kendisi açısından oldukça riskli gördüğü durumlarda artık gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir. Buna göre, örneğin yakalanacağı ve cezalandırılacağına emin olan veya bu konudaki yüksek riski fark eden ve vazgeçen failin gönüllü vazgeçmediği kabul edilmektedir. Keza, suçun tamamlanmasından kendisini tehlikede gördüğü için vazgeçen failin de gönüllü vazgeçmediği kabul edilmektedir. Bu noktada vurgulanması gereken husus bu gibi saiklerin fail tarafından onu vazgeçmeye icbar eder nitelikte görülmesidir. Fail, şahitlerin huzurunda veya yakalanma riskini göze alarak örneğin intikam saikiyle bir suça teşebbüs eder ve akabinde vazgeçerse artık burada failin yakalanma riskinin varlığı onun vazgeçmede hür iradesini ortadan kaldırmaz; çünkü burada artık bu olguların varlığı failin vazgeçme davranışını belirleyici nitelik arz etmemektedir.¹⁴⁹

Failin suçun icrasına başlamadan evvel öngöremediği hatırı sayılır risklerin ortaya çıkması nedeniyle teşebbüsten vazgeçtiği vakalarda, yukarıda da belirtildiği gibi vazgeçmenin failin hür iradesine dayanmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, failin silahında tek bir kurşun kaldığı ve mağdurun da kendi silahına ulaştığı bir vakada vazgeçmenin gönüllü olmadığı kararı verilmiştir. Burada artan risk nedeniyle artık failin verdiği karar üzerinde hâkimiyetini kaybetmekte ve bu nedenle gönülsüz olarak vazgeçmektedir. Failin yakalanma riskini barındıran durumlar şayet fail tarafından öngörülebilecek nitelikteyse artık buradaki risk artışının gönüllülük üzerinde bir tesiri olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, güvenlik kamerasıyla izlendiğinin zaten aşikâr olduğu bir yerde mağdurun güvenlik kamerasına işaret

¹⁴⁸ Bkz. Fischer, § 24 kn. 23; Rengier, s. 339; Kindhäuser, s. 271; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 107; Zaczyk § 24 kn. 69, 71.

¹⁴⁹ Rengier, s. 339; Zaczyk § 24 kn. 70.

etmesinin başlı başına failin hür iradesini ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir.¹⁵⁰

5. Değerlendirme

Sonuç olarak uygulamada Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından zaman zaman çelişkili kararlar şeklinde de kendisini gösterse psikolojik yaklaşıma uygun kararlar verilmektedir. Mahkeme'nin yukarıda da zikredilen bir kararında da açıkça ifade edildiği üzere mevcut m. 24 hükmünün lafzı, bilhassa hür irade terimi başka türlü bir yoruma müsaade etmemektedir. Bir başka deyişle failin vazgeçme iradesini hür bir surette tesis edip etmediğinin ötesinde bir gönüllü vazgeçme saikinin ilave şart olarak eklenmesi kanunun lafzına uymamaktadır.¹⁵¹ Keza, Mahkeme tarafından da kabul edildiği üzere geliştirilen suç mantığı veya suçlu mantığı esasına dayalı veyahut da hukuk ahlakından hareketle failin vazgeçme saikini bir kıtas olarak belirleyen teoriler daha adil bulunsalar bile bu nedenle tatbik kabiliyeti bulmaları güçtür. Bu nedenle kimi zaman verilen kararlar gönüllü vazgeçme hükmünün ihdası gerekçesi, *ratio legis* ile çelişebilmektedir. Bilhassa sübjektif teşebbüs teorisine istinat eden mükâfat teorisi ve cezanın genel ve özel önleme amaçları teorileri bakımından izahı güç vakalarda failin bu şahsi cezasızlık sebebinden istifade edebilmesi söz konusu olabilmektedir. Buna karşılık uygulamada hâkimlerin, hukuki sezgileriyle büyük bir oranda psikolojik ölçüleri doğru değerlendirmeleri nedeniyle normatif teorilerle çoğunlukla benzer neticelere vardıkları ifade edilmektedir.¹⁵² Buna karşılık, bu görüşün keyfilik tenkitlerine engel olamadığı da açıktır.

Bu nedenlerle olsa gerek, Alman hukukunda olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) çözüm önerileri de getirilmeye başlanmıştır. Bu öneriler sorunu mevcut normun yorum tarzlarında değil normun kendisinde olduğunu ileri sürerek, kanun değişikliğinin yerinde olacağını ileri sürmektedir. Örneğin, *Hermann*'a göre mevcut Alman mevzuatına göre (*de lege lata*) getirilecek olan düzenlemelerin hiçbiri tatmin edici bir netice ortaya çıkarmayacaktır.¹⁵³ Bu yazara göre mevcut hükümde mutlak cezasız-

¹⁵⁰ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 107.

¹⁵¹ Bkz. Hermann, s. 140.

¹⁵² Zaczyk, § 24 kn. 65.

¹⁵³ Hermann, s. 98, 165 vd.

lık sonucunun doğması yerine hâkime somut olayın şartlarına göre cezada indirimde gitme veya ceza vermeme konusunda takdir yetkisi tanınmalıdır. Bizim konumuz bakımından daha da önemlisi yazar, gönüllülük şartı failin manevî âleminde cereyan eden ve haricen bilinmesi pek mümkün olmayan bir durum olduğundan madde metninden çıkarılmalıdır. Bunun yerine key-filiği önleyecek bir değerlendirmeye konu olabilecek samimi çaba şartının benimsenmesi önerilmektedir (*sich ernsthaft um die Vermeidung der Tat-vollendung bemühen*). Bu teorik çerçeve kapsamında Hermann gönüllü vazgeçmeye ilişkin şu madde önerisini getirmektedir: ”*Mahkeme, şayet fail veya şerik neticenin husule gelmemesi için samimi çaba gösterirse cezada indirim yapar veya ceza vermekten imtina edebilir.*”¹⁵⁴

B. Avusturya

Avusturya Ceza Kanunu’nun 16. maddesinde yer alan olan gönüllü vazgeçme müessesesi¹⁵⁵ bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁶ Avusturya uygulaması ve öğretisinde de gönüllü vazgeçmede gönüllülük şartı ana mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilhassa psikolojik yaklaşım dayanan Frank formülü, eleştirilere ve tüm vakaları çözememesine rağmen gerek öğreti gerekse uygulamada yaygın bir şekilde kullanılmaktadır¹⁵⁷. *Roxin*’in suçlu mantığı formülü de öğretilde savunulmaktadır. Her iki formül de birçok vakada aynı sonuca götürmelerine karşın sınır vakaları olarak tabir edilen durumlarda aralarındaki fark ortaya çıkmaktadır. Örneğin, A’nın B’ye karşı yağma suçu işleme kastıyla suçun icrasına başlayacağı sırada C bir deste banknotu düşürür. A derhal yağma suçunun icrasından vazgeçer ve

¹⁵⁴ Hermann, s. 270; ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf, s. 165 dipnot 406; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 691 dipnot 114.

¹⁵⁵ Avusturya Ceza Kanunu’nun teşebbüsten vazgeçme başlıklı m. 16 hükmü şu şekildedir:
(1) Fail hür iradesiyle icra hareketlerinden vazgeçerse suça teşebbüsten veya buna iştirakten cezalandırılmaz. İştirak halinde işlenen suçlarda da teşebbüsü veya suçun tamamlanmasına hür iradesiyle mani olduğu takdirde de cezalandırılmaz.
(2) Fail, kendisinin katkısı olmaksızın suçun icrası veya netice husule gelmemiş olması halinde de şayet bu halin farkında olmadan suçun icrasını veya neticenin husule gelmesine mani olmak için hür iradesiyle ciddi bir çaba göstermiş olması halinde cezalandırılmaz.”

¹⁵⁶ Ernst Eugen Fabrizy, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 12. Auflage, Manz’sche Verlag, Wien 2016, § 16 kn. 2.

¹⁵⁷ Bkz. Diethelm Kienapfel, Frank Höpfel ve Robert Kert, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, Manz’sche Verlag, Wien 2016, s. 152.

bulduğu paraları cebe indirir. Bu nevi bir vakada *Frank* Formülü failin hür iradesiyle vazgeçtiği sonucuna varırken *Roxin* Formülüne göre vazgeçme gönüllü değildir. Buna karşılık, *Roxin* Formülüne göre batıl inançları nedeniyle örneğin baykuş ötmesini kötü şans olarak yorumlayan failin vazgeçmesi gönüllüyken, *Frank* formülüne göre bu nevi bir vazgeçme hür iradenin eseri değildir.¹⁵⁸

Failin gönüllü vazgeçmeden istifade edebilmesi vazgeçmenin hür irade neticesi olması gerekmektedir. Failin gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilebilmesi için failin kendine ‘suçun icrasını tamamlayabilirim ama bunu hiçbir şekilde istemiyorum veya en azından şu anda istemiyorum’ demesi gerekmektedir.¹⁵⁹ Gönüllülük şartı bakımından yapılan değerlendirme failin *ex ante* bilgisi esas alınarak yapılmaktadır. Buna göre fail, kendi algılayışına göre subjektif suçun icra hareketlerini tamamlayabileceğini düşünmesine rağmen suç işleme kararından vazgeçmişse bu vazgeçme iradesinin gönüllü olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁰ Yukarıda da belirtildiği gibi gönüllülük şartı bakımından öğretide umumiyetle *Frank* Formülü ve *Roxin* Formülüne dayanılmaktadır.¹⁶¹ Örneğin, cinsel saldırı mağdurunun adet gördüğünü veya cinsel organında enfeksiyon olduğunu söylemesi üzerine failin vazgeçmesi gönüllü kabul edilmemektedir. Bir başka örnekte failin hata neticesinde fiili tamamlamayacağı ve görüldüğü kanaatine varması halinde de vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir. Keza keşfedilme, yakalanma korkusu da gönüllülüğü ortadan kaldırmaktadır.¹⁶²

Hür iradenin belirlenmesi bakımından failin maddi veya manevi bir baskı altında olmadan kararı vermesi gerektiği kabul edilmekte ve bu şart failin “otonom saiklerle” (*autonome Motive*) hareket etmesi koşulu olarak adlandırılmaktadır. Genel kabul gören anlayışa göre failin gönüllü vazgeçmede güttüğü saikin ahlaki bir nitelik taşıması gerekmemektedir.¹⁶³

¹⁵⁸ Kienapfel/Höpfel/Kert, s. 153.

¹⁵⁹ Fabrizy, § 16 kn. 8.

¹⁶⁰ Gerhard Hager ve Wolfram Massauer, in: Frank Höpfel ve Eckart Ratz (hrsg.) Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Manz'sche Verlag, Wien 1999, §§ 15, 16, kn. 127; Fischer, § 24 kn. 24.

¹⁶¹ Bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, s. 152-153.

¹⁶² Fabrizy, § 16 kn. 8.

¹⁶³ Hager/Massauer, §§ 15, 16 kn. 127.

Avusturya Ceza Hukuku'nda gönüllülüğün belirlenmesi bakımından öne çıkan hususiyet failin suç planı kıstasının uygulanmasıdır. Bunun gerekçesi olarak *Frank* Formülünün gönülsüzlüğü bir başka deyişle hür iradenin mevcut olmadığı durumları kapsamakta yetersiz kalmasıdır. Gerçekten, *Frank* Formülü failin önünde seçme imkânının mevcut olduğu durumları ihtiva etmesine karşın ("*ich will nicht mehr, obwohl ich noch könnte*"), formülün menfi tarafı failin artık bir seçeneğinin kalmadığı ("*ich kann nicht mehr*") durumları tarif ettiğinden, bu nevi durumların artık gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir.¹⁶⁴ Bu nedenle *Frank* Formülünün ihtiva ettiği bu nakısanın giderilmesi için öğreti ve uygulamada formül şu şekilde tatbik edilmektedir: fail şayet kendine suç planına uygun bir şekilde suçu tamamlayabileceğini söylüyorsa ("*dass eine dem Tatplan entsprechende Vollendung noch möglich wäre*") artık bu vazgeçme gönüllüdür.¹⁶⁵ Failin gönüllülüğünün tespiti bakımından O'nun suç planı esas alınmaktadır. Buna göre suçun icrası sırasında öngörülmeleyen şartlar zuhur ederse ancak fail açısından bu değişen şartlara rağmen suçun icrasının tamamlanması mümkün gözüküyorsa vazgeçmede hür iradenin varlığı kabul edilecektir.¹⁶⁶ Fail tarafından yapılan değerlendirmede artık suçun icrasının imkânsız olduğu kanaati oluşursa bu vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, suçun işlendiği sırada ortaya çıkan şartlardan bağımsız olarak alınan vazgeçme kararında gönüllülük şartının varlığı için bir karine teşkil etmektedir. Buna karşılık, somut vakanın şartları çerçevesinde alınan bir vazgeçme kararının yakından incelenmesi icap etmektedir. Buna göre, failin vazgeçme davranışı failin hukukiliğe geri dönüş olarak yorumlanamadığı vakit artık gönüllü bir vazgeçmeden söz edilemeyecektir.¹⁶⁷ Bu şartın bir sonucu da failin fiilin icrasından nihai olarak vazgeçmesi zorunluluğunu beraberinde getirmesidir. Buna karşılık başka bir zaman suçu tekrar etme konusundaki fikir gönüllü vazgeçme kararının geçerliliğini etkilemez.¹⁶⁸

Öğretide *Triffterer*, suç planını esas alan çözümün de tek başına yeterli olmadığını ileri sürmüştür. Zira bu formüle göre de failin gönüllü hareket et-

¹⁶⁴ Otto Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer-Verlag, Wien 1985, s. 370.

¹⁶⁵ Triffterer, s. 370; Schubert, s. 213.

¹⁶⁶ Hager/Massauer, §§ 15, 16 kn. 128.

¹⁶⁷ Hager/Massauer, §§ 15, 16 kn. 129.

¹⁶⁸ Hager/Massauer, §§ 15, 16 kn. 130.

mediğinin tespiti için esas suç planından ne kadar sapmış olması gerektiği sorusu cevapsız kalmaktadır. Bu nedenle olsa gerek müellif Alman Hukuku'nda karma görüşlere benzeyen psikolojik ve normatif teorilerin kombine edilmesine dayanan bir çözüm önerisi geliştirmiştir.¹⁶⁹ Buna göre harici şartların failin vazgeçmesine olan tesirleri psikolojik olarak değerlendirilmeli ve buna ilave olarak belirlenen normatif kıstas da failin vazgeçme davranışı O'nun içsel bir kararla hukuka geri dönme iradesini ortaya koymuş olmalıdır.¹⁷⁰ Failin gönüllülüğü konusundaki değerlendirmenin ön koşulu ise failin hala suçu tamamlayabileceğine inanmasıdır. Seçme şansı olmayanın vazgeçmesinden de söz edilemez. Failin vazgeçme imkânı olduğuna inandığı bir vakada da O'nun vakadan bağımsız mı yoksa vakadan kaynaklanan sebeplerle mi vazgeçtiği araştırılmalıdır. Vakadan bağımsız bir vazgeçme, failin otonom iradesine dayanır. Failin pişman olması, zengin olmak için daha kolay bir yol görmesi veya fiilin işlendiği zamanda tiyatro biletinin olduğunu fark ederek vazgeçmesi otonom vazgeçme olarak değerlendirilmektedir. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere *Triffterer*, vazgeçmenin ahlaken yüce bir saike dayanması şartını aramamaktadır. Suçun icrasına başlandığı sırada ortaya çıkan harici nedenlerle vazgeçme durumlarında vazgeçme gönülsüz olabilir. Buna mukabil her harici nedenin de gönüllülüğü ortadan kaldıracağı söylenemez. Burada harici etkinin failin psikolojik durumu ve suç planı üzerindeki tesirinin derecesi belirleyici olacaktır.¹⁷¹ Örneğin, mağdurun olay yerinden kaçması halinde vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir. Burada harici şartların gerçekten var olması gerekli görülmemekte failin subjektif olarak bu harici şartların mevcut olduğunu düşünmesi yeterli görülmektedir.¹⁷²

Öğretide *Fuchs* da gönüllülük bakımından, vazgeçme hareketinin faydalı bir davranış olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine göre bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindedir. Burada da vazgeçme davranışının değerlendirilmesindeki kıstas failin manevi olarak suça teşebbüsten vazgeçmesi ve vazgeçme davranışının hukuk dairesine geri dönme niyeti arz etmesidir.¹⁷³ Müellif Avusturya öğretisindeki genel görüşe uygun

¹⁶⁹ Triffterer, s. 370.

¹⁷⁰ Triffterer, s. 370.

¹⁷¹ Triffterer, s. 371.

¹⁷² Triffterer, s. 371; Schubert, s. 214-215.

¹⁷³ Helmut Fuchs, *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 9. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2016, s. 307.

bir yaklaşımla vazgeçmenin otonom saiklerden kaynaklanması halinde her zaman gönüllü olacağını ifade etmektedir. Buradaki kıstas vakaya müteallik harici şartların failin icraya başlamasından itibaren değişmemesi veya değişmişse de failin lehine değişmiş olmasıdır. Keza ahlaken yüce bir vazgeçme saikinin mevcudiyeti de aranmamaktadır. Bu çerçevede, pişmanlık, mağdura acıma gibi saiklerin yanında cesaretsizlik, ceza korkusu, suçun icrasından evvel failin planında bir değişiklik ortaya çıkmamasına rağmen yakalanma korkusu gibi saiklerle olan vazgeçme de gönüllüdür.¹⁷⁴ Burada vakaya ilişkin şartlarda çok esaslı olmayan değişikliklerin de gönüllü vazgeçmeyi ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. *Fuchs'a* göre, fail bakımından yeni zorluk, tehlike veya dezavantajlı durumların ortaya çıkması ve bunlar karşısında artık failin suçun icrasına devam etmesi açıkça mantığa, akla aykırıysa artık bu vazgeçmenin hür iradenin eseri olmadığı kabul edilmektedir.¹⁷⁵ Örneğin, konutta hırsızlık yapacak olan failin ev sahibinin gelmesi veya polis sireni duyması nedeniyle vazgeçmesi gönüllü değildir. Failin, bir dükkânda hırsızlık yaparken görülmesi üzerine çaldığı eşyayı iadesi halinde bu vazgeçme suç planında olmayan bir nedenle ortaya çıktığından bu vazgeçme de gönüllü değildir.¹⁷⁶

C. Fransa

Fransız Ceza Hukuku'nda gönüllü vazgeçme, teşebbüs hükmünün (*la tentative*) menfi unsuru olarak tanımlanmıştır. Buna göre teşebbüs gönüllü vazgeçmenin bulunmaması halinde (*l'absence d'un désistement volontaire*) cezalandırılacaktır.¹⁷⁷ Fransız Ceza Kanunu'nun 121-5 hükmünde düzenlenmiş olan teşebbüs şu şekilde tanımlanmıştır:

Teşebbüs, failin suçun icrasına başlamış olması ve failin elinde olmayan nedenlerle kesintiye uğraması veya başarısız olması halinde oluşur.

Genel olarak liberal hukuk düşüncesiyle şekillenmiş olan Fransız teşebbüs hukukunda suçun planlama ve hazırlık hareketlerinin net biçimde icra hareketlerinden ayrıldığı objektif bir yaklaşım gerek eski 1810 Ceza

¹⁷⁴ Fuchs, s. 307-308.

¹⁷⁵ Fuchs, s. 308.

¹⁷⁶ Fuchs, s. 308.

¹⁷⁷ Vazgeçmenin müspet unsuru ise failin doğrudan suçun icrasına başlamış olmasıdır (*l'absence de désistement volontaire*).

Kanunu¹⁷⁸ gerekse de 1994 Ceza Kanunu'nda¹⁷⁹ benimsenmiştir. Her iki kanunda da teşebbüs başlangıcına ilişkin olarak icra hareketlerine başlama (*un commencement d'exécution*) kıstası benimsenmiştir.¹⁸⁰ Teşebbüsün başlangıcına ilişkin bu objektif koşula ilave olarak kanun, teşebbüsün failin elinde olmayan nedenlerle başarısız olmadığı şartıyla birlikte zımni olarak gönüllü vazgeçmenin bulunmamasını (*circontances indépendantes de la volonté de son auteur*) teşebbüsün koşullarından biri haline getirmiştir. Bu şekilde gönüllü vazgeçme sistematik bakımdan teşebbüsün menfi bir unsuru (infisahi şartı) olarak tanımlanmıştır.¹⁸¹ Belçika ve Lüksemburg da gönüllü vazgeçmede menfi zımni gönüllü vazgeçme normu (*Negativ-Implizite*) çözümünü benimseyen ülkelerdir.¹⁸² Bir başka deyişle bu ülkelerde gönüllü vazgeçmenin olmaması (failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanmamış) teşebbüsten sorumlu olmanın şartlarından birini teşkil etmektedir. Gönüllü vazgeçmenin hukuki neticesi ise teşebbüsün ortadan kalkması, adeta hiç işlenmemiş gibi olmasıdır.¹⁸³ Failin suçu tamamlayamaması halinde gönüllü vazgeçme, failin hür iradesiyle suçun icrasına devam etmemiş olması halinde söz konusu olacaktır.¹⁸⁴

Fransız Ceza Hukuku'nda da gönüllü vazgeçmede gönüllülük şartı bu müessesinin en önemli unsuru olma niteliğini haizdir. Fransız öğretisinde gönüllülük şartı bakımından tatbik edilecek kıstaslar üç grupta ele alınmaktadır. Bunlar şunlardır:

1. Kendiliğinden vazgeçme (*désistement libre* veya *spontane*)
2. Zoraki vazgeçme (*désistement contraint*)
3. Tesir altında vazgeçme (*désistement influencé*)

Failin, hür iradesiyle ve kendi aldığı bir kararla (*cause interne*) suçu işlemekten vazgeçmesine kendiliğinden vazgeçme denilmektedir ve bu kapsa-

¹⁷⁸ Bkz. Fransız Ceza Kanunu 1810 m. 2.

¹⁷⁹ Bkz. Fransız Ceza Kanunu 1994 m. 121-5.

¹⁸⁰ Bkz. Brockhaus, s. 29 vd.

¹⁸¹ Brockhaus, s. 36, 111; Schubert, s. 192; Catherine Elliott, French Criminal Law, Routledge, London 2011, s. 98; Jean Pradel, Droit pénal général, 19. édition Cujas, Paris 2012, s. 329 vd.; Bernard Bouloc, Droit pénal général, 24. édition, Dalloz, Paris 2015, s. 232 vd.

¹⁸² Bkz. Belçika ve Lüksemburg Ceza Kanunu m. 51; ayrıca bkz. Schubert, s. 193.

¹⁸³ Schubert, ibid.

¹⁸⁴ Elliott, s. 98.

ma giren hallerde istinasız olarak failin cezai sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.¹⁸⁵ Burada hür irade yerine genellikle kanunun lafzında yer almayan spontane olma/kendiliğinden (*spontanéité*) terimi kullanılmaktadır.

Kendiliğinden vazgeçme kavramının muhtevasına bakıldığı vakit vazgeçmenin harici etkiler bulunmaksızın failin kendisinin aldığı bir kararı ifade etmektedir. Burada vazgeçme saiki ve bunun ahlaki nitelikte olup olmadığı kendiliğindenlik değerlendirmesinde herhangi bir rol oynamamaktadır. Öğretide yerleşik olan görüşe göre failin örneğin pişmanlık neticesinde veya yakalanma korkusuyla vazgeçmesi değil failin kendisinden kaynaklanan, içsel sebeplerle vazgeçmesi (*cause interne*) mühimdir.¹⁸⁶

Zoraki vazgeçme ise yalnızca harici şartların (*cause extériuer*) tesirinde kalarak failin teşebbüsten vazgeçmesidir ki bu hal hiçbir zaman gönüllü vazgeçme addedilmemektedir. Öğretide bu duruma örnek olarak mağdurun faile nazaran fiziki üstünlüğü olması, mağdur tarafından tanınması veya aniden polisin veya üçüncü kişinin olay yerine gelmesi verilmektedir. Ayrıca muayenehanede iken aniden hamile olan bayanın reddetmesi nedeniyle doktorun kürtaşı gerçekleştirememesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹⁸⁷

Bu iki grup arasındaki kategoride ise failin belli bir harici tesirin altında hareket ettiği ancak bu tesirlerin O'nu planladığı suçu işlemekten alıkoymadığı vakalar yer almaktadır. Bu ara grupta yer alan vakalarda failin gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanıp yararlanamayacağı münakaşalıdır. Öğretide harici ve dâhili sebeplerden hangisinin ağırlıklı olarak failin aldığı vazgeçme kararını etkilediğine, karar alma sürecini etkileyen hâkim sebebe bakılmaktadır. Buna göre failin (*la cause prépondérante*) bakılmaktadır. Burada failin perspektifinin mi yoksa objektif şartlardan mı yola çıkılarak, failin hangi sebebin tesiri altında hareket ettiğinin tespiti sorunu ortaya çıkmaktadır.¹⁸⁸ Bu konudaki değerlendirme çoğu kez maddi vakaya ilişkin değerlendirmeye bağlı kalmaktadır. Örneğin, sanığın bir ses duyup kaçtığı bir vakada teşebbüsün olup olmadığını mahkeme somut olayın şartlarına göre değerlendirecektir.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Brockhaus, s. 112; Schubert, s. 194.

¹⁸⁶ Brockhaus, s. 113

¹⁸⁷ Brockhaus, s. 114; Schubert, 194-195.

¹⁸⁸ Brockhaus, s. 115; Schubert, s. 195; Elliott, s. 98.

¹⁸⁹ Elliott, ibid.

Öğretide *Prothais* bu görüşü tenkit etmiştir. Bu müellif öğretide hâkim olan görüşün rasyonel ve soğukkanlı bir fail tipini esas alarak O'nun iradesinin harici şartlarla icbar edilip edilmediğini ve bu nevi bir failin bu cezasızlık sebebinden istifade etmemesi gerektiği görüşündedir. Buna ilave olarak bu müellif psikolojik şartların hesaba katılması gerektiğini, bununla da kalmayarak failin vazgeçmedeki saikinin ahlaki niteliğine bakılması gerektiği görüşündedir. Böylece yakalanma korkusuyla hareket eden bir failin vazgeçmesi her zaman gönülsüz addedilmelidir. Keza failin fiili işlemesinden kaynaklanan risklerin oldukça arttığını düşünerek vazgeçmesi de gönüllü değildir. Buna mukabil *Prothais*, failin bilinçli bir tercihle tekrar hukuka uygun davranma iradesini gösterdiği veya mağdura acıyarak suçun icrasından vazgeçmesi hallerinde zorunlu olarak gönüllülük şartının var olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.¹⁹⁰ Bu nedenle *Prothais* övgüye mazhar veya kabul edilebilir saik ("*motives louables*") kıstasını getirerek bu gibi saiklerin varlığı halinde vazgeçmenin gönüllü olabileceğini ileri sürmüştür.¹⁹¹

Fransız Yargıtayı'nın kararlarına bakıldığında çok istisnai hallerde failin teşebbüsten gönüllü vazgeçtiğinin kabul edildiği görülmektedir.¹⁹² Mahkeme, hırsızın mağdurun öldüğünü fark ederek hırsızlıktan vazgeçtiği veya sigorta parası almak için kaza süsü verdiği bir olayda da sigortaya başvurup sonra başvurusunu çektiği vakada vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul etmiştir.¹⁹³ Keza, Mahkeme failin kapalı bir dükkâna hırsızlık yapmak amacıyla girmek üzereyken bir arkadaşına rastlaması ve O'nun telkiniyle fiilin icrasından vazgeçtiği olayda bu nevi bir tesir altında vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul etmiştir. Burada, harici tesirin zorlayıcı olmadığı müddetçe başlı başına gönüllülüğü ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Bu kararında Mahkeme'nin faili vazgeçmeye sevk eden sebeplerden hangisinin ağır bastığı kıstasına dayanarak karar verdiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede, Mahkeme fail suçun icrasına başladığı sırada aniden üçüncü bir kişinin ortaya çıkması nedeniyle suçun icrasından vazgeçmesinin gönüllü olmadığına karar vermiştir.¹⁹⁴ Bir başka vakada da sanıklar bir cesedi çıkar-

¹⁹⁰ Brockhaus, s. 115; Alain Prothais, *Tentative et Attentat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1985, s. 69-70.

¹⁹¹ Schubert, s. 194.

¹⁹² Brockhaus, s. 116; Schubert, s. 196.

¹⁹³ Brockhaus, s. 116.

¹⁹⁴ Brockhaus, s. 117-118.

mak amacıyla mezar kazarken korkup kaçmışlardır. Bu vakada mahkeme teşebbüsün şartlarının oluşmadığına (gönüllü vazgeçmenin olduğuna) karar vermiştir.¹⁹⁵

D. İngiltere

Common law geleneğinde kural olarak iştirak halinde gönüllü vazgeçmeye müteallik hükümler saklı tutulmak kaydıyla, gönüllü vazgeçme müessesesi yoktur. Bu nedenle genel olarak İngiliz gönüllü vazgeçme hukukunun, gönüllü vazgeçen faile Kıta Avrupası'na nazaran daha az cömert olduğunu söylemek mümkündür.¹⁹⁶

Hiç şüphesiz bu durum İngiliz Ceza Hukuku'nda gönüllü vazgeçme bakımından çok farklı bir tercihin söz konusu olduğunu göstermektedir. Bu yaklaşıma göre, teşebbüs kendi başına bir suç tipi olarak tavsif edildiğinden, bir defa teşebbüs icra edildikten sonra vazgeçme marifetiyle ortadan kaldırılması (*being negatived by a withdrawal*) mümkün değildir. Geleneksel olarak İngiliz öğretisinde, fail bir defa suçu işledikten sonra geriye dönük olarak bu suçun işlenmemiş sayılması ("*uncommission*") kabul edilmez surette mantığa aykırıdır. Keza, bu yaklaşım hukuk komisyonu tarafından kabul edilmiş ve meclis tarafından da 1981 tarihli Cezai Teşebbüs Kanunu'nda (*Criminal Attempts Act 1981*) benimsenen yaklaşım olmuştur.¹⁹⁷

Buna mukabil son zamanlarda öğretilde, gönüllü vazgeçme müessesesinin kabul edilmesi yolunda görüşler de savunulmaya başlanmıştır. Örneğin, öğretilde *Simester* ve *Sullivan*'a göre ideal olan gönüllü vazgeçmenin cezayı ortadan kaldıran (*defence*) bir hal olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmesidir.¹⁹⁸ Burada konumuz bakımından önemli bir tespit yapan müellifler böyle bir durumda en büyük meselenin gönüllü (*voluntary*) ve gönülsüz (*involuntary desistance*) vazgeçme arasındaki ayırımın yapılması olduğu görüşündedir.¹⁹⁹ Öğretilde *Horder* ise gönüllü vazgeçme halinde failin kusuru ye-

¹⁹⁵ Fort-de-France, 22 sept. 1967, J.C.P., 1968 II.15583 (Elliott, s. 98).

¹⁹⁶ Bkz. John Spencer, "Brief Comments from an English perspective", in: Klaus Tiedemann (hrsg.), *Wirtschaftsstraftrecht in der Europäischen Union*, Freiburg-Symposium, Carl Heymanns Verlag, Köln 2002, ss. 435-445, s. 442; Schubert, s. 190.

¹⁹⁷ Spencer, s. 443.

¹⁹⁸ AP Simester, JR Spencer, Findlay Stark, GR Sullivan ve GJ Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law, Theory and Doctrine*, 6th Edition, Hart Publishing, Oxford 2016, s. 355-356.

¹⁹⁹ Simester/Spencer/Stark/Sullivan/Virgo, s. 356.

terince azalmadığından cezayı kaldıran bir hal olarak düzenlenmesine gerek olmadığı görüşündedir.²⁰⁰

E. İsviçre

Almanca konuşan memleketler arasında İsviçre, gönüllü vazgeçme düzenlenmesi hür irade kavramının yerine “kendiliğinden” teriminin tercih edilmesi ve hukuki netice olarak cezasızlığın yanında takdiri indirim nedeninin alternatifini ihtiva etmesi bakımından ön plana çıkmaktadır. Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen vazgeçme ve faal nedamet başlıklı İsviçre Ceza Kanunu m. 23 f. 1 ve 2 hükümleri şu şekildedir:

1. *Fail, cezalandırılabilir fiili kendiliğinden sona erdirmez veya tamamlanmasına mani olunmasında katkıda bulunursa, Mahkeme cezada indirim yapabileceği gibi ceza vermekten imtina edebilir.*
2. *Bir suça birden fazla fail veya şerik iştirak etmişse, Mahkeme kendiliğinden suçun tamamlanmasına mani olunmasında katkıda bulunanların cezasında indirim yapabileceği gibi ceza vermekten imtina edebilir.*

İsviçre Ceza Kanunu’nun ifadesiyle vazgeçmenin failin kendiliğinden/spontane (*aus eigenem Antrieb, de sa propre initiative, l’auteur ha spontaneamente desistito*) vermiş olduğu bir karar olması gerekmektedir.²⁰¹ Failin vazgeçme kararında esasen içinde bulunduğu durumdan bağımsız manevi durumu ve sınırlı olmak kaydıyla içinde bulunduğu durumdan kaynaklanan harici şartlar rol oynayabilir.

Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi’nin yerleşik kararlarına göre de hür irade şartı tespit edilirken failin verdiği kararlar üzerinde hâkimiyetini devam ettirip ettiremediğine bakılmaktadır. Failin ne harici ne de ruhi baskı altında kalarak vazgeçme kararını vermiş olması gerekmektedir. Buna ilave olarak failin suçun tamamlanmasını engelleyecek bir şartın, bu nitelikte olduğunu bilmiyor olması gereklidir. İsviçre’de failin otonom saiklerle hareket etmesi şartı da aranmaktadır. Bu noktada vicdan azabı, mağdura acıma ve farkedilme korkusu failin vazgeçme nedenlerinden biri

²⁰⁰ Jeremy Horder, *Ashworth’s Principles of Criminal Law*, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 502.

²⁰¹ Bkz. İsviçre Ceza Kanunu m. 23.

olabilir.²⁰² Failin gönüllü vazgeçmesine mağdur veya müşterek fail gibi harici bir şart da neden olmuş olabilir. Burada önemli olan failin bakış açısıyla fiilin icrası sırasında onu gönüllü vazgeçmeye zorlayan herhangi bir durumun söz konusu olmamasıdır.²⁰³ Burada önemli olan failin hâkim sebep olarak harici şartların baskısı altında vazgeçmemiş olması, kendi iradesinin vazgeçme kararında belirleyici olmuş olmasıdır.²⁰⁴

Harici şartların fiilin işlenmesini zorlaştırması durumunda, örneğin mağdurun direnmesi gibi durumlarda ise şayet ortaya çıkan engel teşebbüsün başarısız olma riskini önemli ölçüde artırıyorsa ve icraya devam etmenin akla ve mantığa uymadığı açıksa artık burada hür iradeyle vazgeçmenin olmadığı kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında failin mantığa uygun olarak başka türlü hareket imkânı olmaması (*vernünftigerweise nicht anders handeln konnte*) gibi bir kıstasa müracaat etmektedir. Bu ifade İsviçre öğretisinde de savunulan *Roxin'in* suçlu mantığı teorisini akla getirmektedir. Alman hukukunda failin saikinın tespitindeki güçlüklerin İsviçre bakımından da sözkonusu olduğu ifade edilse de m. 23 hükmünün cezasızlık yerine hâkime takdirini indirim imkânı da tanıması nedeniyle bu meselinin çok büyük bir sorun teşkil etmediği ifade edilmektedir.²⁰⁵

Failin hür iradesiyle hareket edip etmediğinin tespiti failin bakış açısı esas alınarak yapılmalıdır. Bu nedenle fiilin icrası objektif olarak mümkün olmasa dahi vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, fiilin icrasının halen mümkün olmasına rağmen fail bunun mümkün olmadığını düşünüyorsa artık vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmelidir.²⁰⁶

Failin ahlaki nedenlerden mi yoksa kendi menfaati için mi vazgeçtiğinin kural olarak bir önemi yoktur.²⁰⁷ Bu nedenle yakalanma ve cezalandırılma

²⁰² Bkz. Kurt Seelmann ve Christopher Geth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, s. 140; *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahre 1957*, Amtliche Sammlung, 83. Band, IV. Teil, Strafrecht, Imprimeries Reunies S.A., Lausanne 1957, s. 1-2

²⁰³ Seelmann/Geth, s. 140.

²⁰⁴ Marcel Alexander Niggli ve Stefan Maeder, in: Marcel Alexander Niggli ve Hans Wipräch-tiger (hrsg.), *Basler Kommentar Strafrecht I*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2013, Art. 23 kn. 10.

²⁰⁵ Niggli/Maeder, Art. 23 kn. 12.

²⁰⁶ Stefan Trechsel, Peter Noll ve Mark Pieth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Schulthess, Basel 2017, s. 183.

²⁰⁷ Niggli/Maeder, Art. 23 kn. 10; Trechsel/Noll/Pieth, s. 183.

korkusu nedeniyle, artık bir menfaati olmadığını düşünerek aniden suçu tamamlamaktan vazgeçerse de vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, yağma suçunda tehdit aracının elverişsizliği, çalınmak istenen yiyeceklerin lezzetli bulunmaması gibi durumlarda vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁸

F. İtalya

Teşebbüste, icra hareketi bakımından elverişlilik şartını ihtiva eden İtalyan Ceza Kanunu bu sebeple teşebbüste objektif yaklaşımı benimseyen kanunlar arasında yer almaktadır.²⁰⁹ Elverişliliğin tespiti *ex ante* bir perspektifle ve neticeyi husule getirme bakımından icra hareketinin somut olarak elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi suretiyle yapılmaktadır.²¹⁰ Yine, İtalyan hukukunda teşebbüs cezalandırılması bakımından failin fiil hakkındaki tasavvuru pek bir ehemmiyet taşımamaktadır. Bir başka deyişle İtalyan Ceza Hukuku'nda neticenin haksızlığı hareketin haksızlığına nazaran daha büyük bir önemi haizdir. Bunun sonucu olarak teşebbüsten bir kimsenin ceza alabilmesi için *ex ante* bir bakış açısıyla ilgili suç tipinde korunan hukuki değer bakımından gerçekten tehlike yaratılıp yaratılmadığının hâkim tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, suçun icrası tamamlanmadığı veya netice meydana gelmediği için failin mutlaka tamamlanmış suça nazaran daha az ceza alması gerekmektedir.²¹¹

Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen İtalyan Ceza Kanunu m. 56 f. (3)-(4) hükümleri şu şekildedir:

Fail fiilden gönüllü olarak vazgeçtiği takdirde, gerçekleştirdiği hareketler bizatihi başka bir suçu oluşturuyorsa sadece O suçtan cezalandırılır.

Fail neticeyi gönüllü olarak önlemişse, suça teşebbüs bakımından öngörülen cezanın üçte birinden yarısına kadarı indirilerek tespit edilen ceza ile tecziye edilir.

²⁰⁸ Trechsel/Noll/Pieth, ibid.

²⁰⁹ Bkz. İtalyan Ceza Kanunu m. 56 f. 1; tarihsel gelişim seyri içinde İtalyan Şehir Devletleri ve Papalık mevzuatının gönüllü vazgeçmeye müteallik hükümleri hakkında malumat için bkz. Erra, 682 vd.

²¹⁰ Fornasari, s. 50.

²¹¹ Fornasari, s. 51-53.

İtalyan kanun koyucusu 3. fıkrada düzenlenmiş kurum için “*desistenza volontaria*” (gönüllü vazgeçme) kavramını kullanırken; 4. fıkrada düzenlenen kurum için “*recesso attivo*” (faal nedamet/aktif gönüllü vazgeçme) kavramını kullanmıştır. Faal nedamet halinde faile teşebbüs ettiği suçun cezasında indirim yapılmasının arkasında yatan düşünce, failin bu nevi bir vakada ilgili suçun tamamlanması için hâlihazırda gerekli ve yeterli olan tüm eylemleri gerçekleştirdikten sonra vazgeçme iradesi ve davranışını ortaya koymuş olmasıdır. Buna karşılık gönüllü vazgeçme halinde tipik eylem neticelendirilmemiş sadece teşebbüsün sınırları ihlal edilmiştir. İtalyan Hukuku bu iki fail, bir başka deyişle iki vazgeçme tipi arasındaki farka bunlara tatbik edilecek hukuki neticeler bakımından değer tanımıştır.²¹² Bir başka deyişle, faal nedamet halinde fail, gönüllü ve başarılı bir biçimde suçun tamamlanmasına mani olmasına rağmen hukuki değerin ihlali bakımından esaslı bir adım attığından kanun koyucu bu olgusal durumu dikkate almıştır.²¹³ Her iki halde de vazgeçmenin gönüllü olması (*volontariamente*) gerekmektedir.

Öğretide *Fornasari*'ye göre, neticenin haksızlığı tam teşebbüste önemli bir rol oynamaktadır. Failin bu aşamadaki vazgeçmesi sadece O'na istisnasız ceza indirimi imkânı sağlamaktadır. Müellif İtalyan Ceza Hukuku'ndaki objektif yaklaşımla ahenkli bir biçimde hukuk düzeninin failin teşebbüsün tamamlanmasından sonraki aşamadaki hukuka uygun davranma iradesine failin O ana kadar gerçekleştirdiği tipik hareket gözetilmeksizin dikkate alınamayacağını ifade etmektedir.²¹⁴ Aynı şekilde müellif, son zamanlardaki ceza kanunu tasarılarında bu iki gönüllü vazgeçme hali arasındaki tefrikin ve farklı hukuki neticelerin kaldırılmasının teklif edildiğini fakat bunların he-

²¹² Fornasari, s. 54; Bu hususta Adalet Bakanı nihai ceza kanunu tasarısında bu hususu şu şekilde izah etmiştir: “Failin iradesinin müdahalesi dolayısıyla suçun tamamlanmaması halinde mesele başkadır, çünkü bu vaziyette, irade hareket ikmal edilmeden önce faaliyete geçtiği takdirde, açıktır ki failin hakiki bir vazgeçmesi mevcuttur; hâlbuki hareketi ikmal ettikten sonra fail neticenin tahakkukuna mani olmağa muvaffak olursa, artık vazgeçmeden değil (çünkü yapılmış olan bir hareketten artık vazgeçilemez), fakat ancak nedamet veya pişmanlıktan bahsedilebilir. Bu tefrikin hukuki neticeleri, tasarı tarafından derpiş edilenlerden başka olamaz; birinci vaziyette, başlıbaşına suç olarak nazara alınan işlenmiş hareketlerden dolayı suçluluk mahfuz kalmak şartile, vazgeçme teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmeyi bertaraf eder; ikinci vaziyette ise, nedamet veya pişmanlık ancak cezanın ölçüsüne müessir olabilir.” (Zikreden, Erra, s. 681 dipnot 7).

²¹³ Fornasari, ibid.

²¹⁴ Fornasari, s. 55.

nüz yasalaşmadığını ilave etmiştir. Buna ilave olarak *Fornasari*, bu konudaki geleneksel İtalyan çözümünün nevi şahsına münhasır nitelikte olduğunu başka hukuk düzenlerinde genellikle bu tamamlanmış ve eksik teşebbüsten vazgeçme arasında bir ayırım yapılmadığı hususunu da kaydetmektedir.²¹⁵ Teşebbüs ve gönüllü vazgeçme bakımından İtalyan ve Alman yaklaşımlarını mukayese eden müellif, İtalyan yaklaşımında bu müesseselere bağlanacak hukuki neticenin tek taraflı olarak söz konusu suç tipiyle ilgili tehlikenin derecesini esas alınırken, Alman yaklaşımında vatandaşın hukuka sadakatının belirleyici kıstas olduğu hususunu vurgulamaktadır.²¹⁶

Gönüllülük şartına gelindiğinde İtalyan hukukunda da failin ahlaken yüce bir saikle suçtan vazgeçmiş olması şartı aranmamaktadır. Öğretide, *Frank* formülüne benzeyen, failin suçun icrasına devam edebilirim ama etmiyorum (*potrei continuare, ma non voglio*) demesi halinde vazgeçmenin gönüllü olacağı; buna mukabil fail “suçun icrasına devam etmek istiyorum ama devam edemem” diyorsa vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir.²¹⁷ *Marinucci/Dolcini*’ye göre, vazgeçmenin gönüllülüğü failin icra hareketini tamamlayabileceğine ilişkin subjektif bir kanaate sahip olmasını gerektirmektedir. Harici bir zorlayıcı şart faili vazgeçmeye zorlamış ise artık vazgeçmenin gönüllü olması ihtimali ortadan kalkmış olmaktadır. Failin işlemeyi kastettiği suçu tamamlama konusunda hiçbir imkânı kalmadığı kanaatine varmış olması gerekir. Örneğin, polis arabalarının sirenlerini duyarak failin kaçması halinde vazgeçme gönüllü değildir.²¹⁸ Bu çerçevede İtalyan Yargıtayı failin hata eseri artık kasten öldürme suçunu işleme imkânının kalmadığını düşündüğü vakada vazgeçmenin gönüllü olmadığına karar vermiştir.²¹⁹ Benzer şekilde Mahkeme, failin hırsızlık yapmak üzere girmeye teşebbüs ettiği işyerinde güvenlik kamerasının yakınlığı nedeniyle suçun icrasına devam edilmesinin oldukça riskli olması halinde vazgeçmenin de gönüllü olmadığına karar vermiştir.²²⁰ Keza Mahkeme, fail bir işyerine yüzünde mas-

²¹⁵ Fornasari, s. 55.

²¹⁶ Fornasari, s. 56.

²¹⁷ Giorgio Marinucci ve Emilio Dolcini, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 6th edizione, Giuffrè Editore, Milano 2017, s. 479.

²¹⁸ Marinucci/Dolcini, s. 480.

²¹⁹ Cass. Sez. I, 4 February 2009, n. 9015, Petralito, in CED Cassazione n. 242877 (Zikreden: Dolcini/Marinucci, s. 480).

²²⁰ Cass. Sez. IV, 24 June 2010, n. 32145, Sergi, in CED Cassazione n. 248183 (Zikreden: Dolcini/Marinucci, s. 480).

keyle ve büyük bir bıçakla girdikten sonra kasanın boş olduğunu anlayarak teşebbüsten vazgeçmesinin gönüllü olmadığına da karar vermiştir.²²¹ Mahkeme, failin mağduru darp edip, hareketsiz hale getirip soyarak cinsel saldırı teşebbüsünü gerçekleştirmesi olayında, mağdurun çılgık atarak komşuların dikkatini çekme tehdidi üzerine faili evden dışarı atmasında vazgeçmenin gönüllü olduğuna karar vermiştir.²²²

Gönüllülük İtalyan öğretisine göre failin pişmanlık duymasını ve hatta suç işleme niyetinin nihai olarak ortadan kalkmasını (*un abbandono definitivo del proposito criminoso*) dahi gerekmemektedir. Buna göre, failin faydacı mülahazalarla (*calcoli utilitaristici*) teşebbüsten vazgeçmesi halinde de vazgeçme gönüllüdür. Örneğin, hırsızlığa teşebbüsten vazgeçen failin birkaç gün sonra suçu işlemenin daha kârlı neticeler vereceğini düşünmesi nedeniyle vazgeçmesinin de gönüllü olacağı kabul edilmektedir.²²³ Faal nedamet bakımından da gönüllülük şartının gönüllü vazgeçmedeki şartlara tabi olduğu ifade edilmektedir.²²⁴

Buna karşılık öğretilerde farklı yaklaşımlar da mevcuttur. Örneğin, İtalyan ceza hukukçusu *Fornasari*, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme müesseseleri arasındaki insicamın hukuki müesseselerin etkinliği göz önüne alındığında tek değer ve amaç olmaması gerektiği görüşündedir. Müellif, bilakis hem teşebbüs ve hem de gönüllü vazgeçme normlarının ya hareketin haksızlığı ya da neticenin haksızlığına bağlı kılınması yolundaki yaklaşımın terkedilmesine taraftardır. Nihai olarak *Fornasari*, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme bakımından kendi ideal yaklaşımını ortaya koymaktadır. Müellife göre, teşebbüste “objektif” yaklaşım, gönüllü vazgeçmede ise “sübjektif” yaklaşım hürriyet ideali temeline inşa edilecek bir ceza hukukunun gereklerine en iyi uyan yaklaşımdır. Keza, müelleif bu iki farklı yaklaşıma birden yer ver veren bir hukuk sistemine karşı da çok güçlü bir argümanın da olmadığı düşüncesindedir. Böylece teşebbüsün elverişliliği kıstasıyla hukuki değerlerleri etkin bir şekilde tehlikeye sokan fiiller cezalandırılarak fiil ceza hukukuna uygun

²²¹ Cass. Sez. II, 5 Dicembre 2013, no. 51514, Martucciello, in CED Cassazione, n. 258076 (Zikreden: Dolcini/Marinucci, s. 480).

²²² Cass. Sez. III, 18 September 2014, n. 51420, M., in CED Cassazione n. 261389 (Zikreden: Dolcini/Marinucci, s. 480); İtalyan Yargıtayı’nın daha eski kararlarının tahlili için bkz. Erra, s. 704 vd.

²²³ Dolcini/Marinucci, s. 480.

²²⁴ Dolcini/Marinucci, s. 481.

bir çözüm getirilmiş olacaktır.²²⁵ Gönüllü vazgeçme bakımından ise fail telafi edici hareketiyle hukuki değeri ihlal etmediğinden failin cezalandırılması artık ne genel ne de özel önleme amaçları bakımından lüzumlu değildir. Bu nedenle, burada ceza hukukuna müracaat edilmesi teşebbüs hareketi tipik de olmuş olsa adil olmayacaktır.²²⁶ Keza, tam teşebbüsten gönüllü vazgeçmede hareketin tehlikeliliğinin önemli ölçüde artmış olması ise nitelik bakımından değil nicelik bakımından yapılacak bir ayırımın mevzuu olabilir.²²⁷ Öyleyse tam teşebbüsten vazgeçmede daha ağır bir düzenlemenin benimsenmesi yerinde değildir. Ayrıca tam teşebbüsten ve eksik teşebbüsten vazgeçmenin birlikte değerlendirilmesi, bu iki vazgeçme halinin tefrikinde yaşanacak önemli sorunların bertaraf edilmesi anlamına gelecektir. Müellif, bu ayırımın salt sınıflandırma amacıyla muhafaza edilmesinin mümkün olduğunu ama bu ayırımın sonucuna bağlanacak uzun yıllar hapis cezası kararlarının şartı haline getirilmemesi gerektiği hususunu vurgulamaktadır.²²⁸ Netice itibarıyla *Fornasari*, mevcut tam teşebbüsten vazgeçme bakımından İtalyan düzenlemesini orantısız olduğu için tenkit etmektedir. Bu düzenlemenin, sosyal bakımdan uyumlu bir vatandaşın cezalandırılması suretiyle asosyalleştirilmesi sonucu riskini barındırdığını ileri sürmektedir.²²⁹ Sonuç olarak *Fornasari*, müstakbel İtalyan Ceza Kanunu için sadece elverişli teşebbüsün cezalandırıldığı ve hem tam hem de eksik teşebbüsten gönüllü vageçmenin cezalandırılmadığı bir model önermektedir.²³⁰

IV. TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖNÜLLÜLÜK ŞARTI

A. Tarihsel Gelişim

Gönüllü vazgeçme, kapsamı ve kendisine bağlanan hukuki neticeler önemli değişiklikler arz etmekle beraber Türk Ceza Hukuku'nda öteden beri tanınan bir müessese olagelmıştır. 1858 ve 765 sayılı ceza kanunlarımızda gönüllü vazgeçme müessesine yer verilmiştir. 1858 Ceza Kanunu: “*Bir kimse bir cinâyetin îkâmı tasmim edipte vesâit-i mahsusa ile icrasına bed'*

²²⁵ Fornasari, s. 56.

²²⁶ Fornasari, s. 58.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Fornasari, s. 59.

ederek yed-i ihtiyarında olmayan esbâb-ı mânia haylûletiyle ol cinâyetin husûlüne muktezî ef'âli ikmal edememişse... müteşebbis hakkında yedi sene-den eksik olmamak üzere kalâbendlik ve müebbed nefy cezası hükm olunur.” Görüldüğü gibi tanımda failin “yed-i ihtiyarında olmayan esbâb-ı mania” unsuruyla gönüllü vazgeçmede ihtiyarilik şartı açıkça zikredilmiştir. Aynı Kanun’da “Müteşebbis cürmün ef al-icrasiyesinden bil-ihtiyar feragat ettiği ve fakat tamam olan kısım fil haddizatında bir cürüm teşkil eylediği halde ancak ol kısma mahsus ceza ile mücazat olunur” hükmü gönüllü vazgeçme suçun icrasından “bil-ihtiyar feragat” kavramıyla ifade edilmiştir.

Öğretide, gönüllü vazgeçme eksik teşebbüsün bir görünüm biçimi olarak tavsif edilmiştir. Zöhrap’a göre: “Harekat-ı icrâiyyenin nakıs ve na-temam kalması iki suretle olabilir. Birincisi, fâilin “kendi irade ve ihtiyarıyla” yani esbab-ı icrâiyyeyi ta’ kib ve devam etmekte iken bir noktasında beyan-ı nedamet ve bir güne mâni-i harici olmadığı halde itmamından kendiliğinden vazgeçmesidir. İkincisi, fail ef âl-i icrâiyyeyi itmama sâ’ iken “yed-i ihtiyârında bulunmayan esbab-ı mânia hayluleti ile” itmama muktedir olmamasıdır. Bu her iki suret teşebbüs-ü gayr-ı tâmu teşkil eder.”²³¹ Buradan da anlaşılacağı üzere müellif, irade ve ihtiyar kavramlarına müracaatla harici bir mani olmaktan failin teşebbüsten vazgeçmesi halinde vazgeçmenin gönüllü olacağını ifade etmektedir. Müellif gönüllü vazgeçmeye şöyle bir örnek vermektedir: “Birinci şıkka bir misal göstereyim. Bir kimse diğerini katl etmeği fikrinde kasd ve tasmim ve bir kama tedarik, katl edeceği şahsa tekrarrüb ve belki kamasını teşhir dahi eder. İtmam-ı cürme hiçbir mani yoktur. Fakat o anda salah-ı fikrisi avdet etmekle katli ikâ’ dan “kendiliğinden” vazgeçer. Yahud bir kere tevcih-i silahla hafif bir cerh ikâ’ eylediği ve katli tamamen ikâ’ a mâni olacak hiçbir sebep bulunmadığı halde ikinci def’a isti’ mâl-i silahdan kendisi “bil-ihtiyar” ferâgat eder. Bunlar teşebbüs-ü gayr-ı tâmdır.”²³² Görüldüğü gibi gönüllülük kavramından evvel bu şartı ifade etmek üzere kullanılan “bil-ihtiyar” ve “kendiliğinden” vazgeçme kavramlarının harici bir mani olmaksızın failin kendi iradesiyle suç icrasından vazgeçmeyi ifade etmek için kullanılmıştır. Bir başka deyişle, ihtiyariyle vazgeçme, harici bir mani olmaksızın failin kendiliğinden suçun icrasından vazgeçme anlamına gelmektedir.

²³¹ Kirkor Zöhrap, Hukuk-u Ceza, Ahmed Sâki Bey Matbaası, İstanbul, 1325 (1907), s. 166.

²³² Zöhrap, ibid.

Mehazı 1899 İtalyan Ceza Kanunu gibi²³³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 61 hükmü gönüllü vazgeçmeyi teşebbüsün menfi bir unsuru olarak tanımlamıştır.²³⁴ Buna göre bir kimse “icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazı filleri ikmal” edememiş ise teşebbüsten cezalandırılacaktır. Keza, öğretide teşebbüsün cezalandırılmasının şartlarından biri olan “icra hareketlerinin bitmemesi yahut bitmişse de neticenin hâsıl olmaması, failin elinde bulunmayan mani sebeplerden ileri gelmiş”²³⁵ olmasının muhalif mefhumu olarak vazgeçme şu şekilde tanımlanmıştır: “eğer fail başladığı icra hareketlerinden kendi ihtiyarile vazgeçmişse cezalandırılmaz; mesela birisini öldürmek için tabancasını çeken kimse atacağı sırada, herhangi bir düşünce ile bundan vazgeçmiş olsa, teşebbüs cezası verilemez”.²³⁶ Eksik ve tam teşebbüs ayırımı yapan Kanuna göre, ihtiyarile vazgeçme sadece eksik teşebbüs halinde kabul edilmekte, tam teşebbüsten vazgeçme halinde ise faal nedamet söz konusu olmaktadır ve bu durum ancak bir takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilebiliyordu.²³⁷

Gönüllü vazgeçmenin hukuki neticesi de aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir: “Müteşebbis, cürmün ef’ali icrayesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır.” Failin teşebbüsten vazgeçtiği ana kadar icra ettiği hareketlerin başlı başına bir suçun unsurlarını teşkil etmesi halinde O suçun cezasından cezalandırılması *quod factum, infectum fieri ne-*

²³³ Bkz. Codice Penale Per Il Regno D’Italia 1889, m. 61; ayrıca bkz. Carlo Erra, “Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme” (Çev. Sahir Erman), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. X, S. 1-2, İstanbul 1944, ss. 679-720, s. 681.

²³⁴ Bu hususta bkz. Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994, s. 242-243.

²³⁵ M. Tahir Taner, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, Üçüncü Basım, Akgün Matbaası, İstanbul 1953, s. 267, 271-272.

²³⁶ Taner, m. 272.

²³⁷ Erra bu hususu şöyle izah etmiştir: “Suçun failin iradesine tabi sebepler dolayısıyla tamamlanmaması ise, hareketin tamamen icra edilip edilmemesine göre, farklı cezai neticelere götürür. Birinci faraziye, fail kendiliğinden hareketi terketmiş olduğu için, ihtiyarile vazgeçme denilen ve, başlıbaşlarına ayrı bir suç teşkil etmedikleri takdirde icra edilmiş olan hareketlerden dolayı ceza vermek hususu mahfuz kalmak şartıyla, teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmeyle bertaraf eden hal vardır (m. 56, fıkra 2). İkincisinde ise, fail neticeye kendiliğinden mani olduğu için, teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmeyle bertaraf etmeyen ve fakat sadece teşebbüs için tespit edilmiş olan cezayı tahfif eyleyen, faal nedamet hali mevcuttur.” Erra, s. 681.

quit (yapılmış olan bir şey, yapılmamış bir hale konulamaz) ilkesine istinat etmektedir.²³⁸

765 sayılı Kanun döneminde öğreti ve yargı uygulamasında esasen failin sırf kendi ihtiyarıyla vazgeçmesi yeterli görülmüş, buna ilave olarak vazgeçme saikinin önemli olmadığı ifade edilmiştir. *Taner*’e göre vazgeçme ister pişmanlık veya acımdan, ister ceza korkusundan, ister başka bir düşünceden ileri gelsin vazgeçme ihtiyarıyla olduğu sürece fail bu müesseseden istifade etmelidir.²³⁹

Müellife göre failin harici bir tesir neticesinde icraya devamdan vazgeçmesi halinde bu vazgeçme artık kendiliğinden değildir. Buna ilave olarak müellif, vazgeçmenin ancak “*nedamete dayanan serbest ve samimi bir vazgeçme*” olması halinde faili cezadan kurtarabileceği ve bu konudaki değerlendirmenin hadiseye, onun vukuu tarzına göre takdir edilmesi gerektiği görüşündedir.²⁴⁰ *Dönmezer/Erman* ise failin icra hareketlerinden vazgeçmesi samimi bir pişmanlığa dayanmasa da ihtiyarıyla vazgeçmenin olababileceği görüşündedir.²⁴¹ Bu müellifler gönüllü vazgeçmeyle gönülsüz, kendiliğinden olmayan vazgeçmeyi tefrik için failin suç planını esas alan bir kıstas ortaya koymuştur. Buna göre: “*şayet fail suçu işlemek hususunda daha önce verdiği kararı yeniden gözden geçirmeye yöneltilmiş ve bu kararı sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde icrayı yarıda bırakmış, nedensellik bağlantısını kendisi frenlemiş ise vazgeçme ihtiyariyledir; buna karşılık, fail icraya başlarken gözönünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerin dışında kalan bir faktör yüzünden, icrayı tehlikesizce sona vardıramayacağını anladığı için, icra hareketlerine devam etmemişse, vazgeçme ihtiyarıyla değildir.*”²⁴²

Öğretilerde ve uygulamada, vazgeçmenin ne zaman gönüllü olduğunun tespiti bakımından *Frank* formülüne de istinat edilmiştir.²⁴³ Bu nedenle burada failin icra hareketlerini sonuna kadar götürülebileceği konusunda O’nun

²³⁸ Bkz. Erra, s. 683.

²³⁹ *Taner*, s. 273; bkz. aynı yönde Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: II-III, Beta, İstanbul 1992, s. 418.

²⁴⁰ *Taner*, s. 273.

²⁴¹ *Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt: 1, 13. Bası, Beta, İstanbul 1997, s. 448.

²⁴² *Dönmezer/Erman*, s. 449.

²⁴³ Bkz. Önder, s. 418-419.

sübjektif kanaati esas alınmıştır.²⁴⁴ Buna göre, köpeğin havlamasından kaçan hırsız, icra hareketlerini sonuna kadar götüremeyeceğine inandığı ve yakalanmaktan korktuğu için artık suç işlemek imkânının kalmadığı kanısında olduğundan ihtiyariyle vazgeçme yoktur.²⁴⁵

Frank formülü öğretide tenkide uğramış, formülün katı bir şekilde uygulanması halinde failin sübjektif olarak suçun icrasının imkânsız olduğu kanaatinde olduğu ancak objektif olarak suçun icrasının mümkün olduğu her olayda vazgeçmeyi gönülsüz sayılması gerekeceği ifade edilmiştir.²⁴⁶ Bu nedenle öğretide *Sözür*, psikolojik kıstaslar yerine *Roxin*'in suçlu mantığı teorisinin benimsenmesi görüşünü ileri sürmüştür. Müellif bu hususta şu görüşleri ifade etmiştir: “[...] vazgeçmenin gönüllü olup olmadığını yalnızca failin psikolojik dünyasındaki değişimleri esas alarak belirlemeyi öneren görüşleri benimseyememekteyiz. Kanaatimizce gönüllü-gönüllü olmayan vazgeçmenin tespiti psikolojik bir araştırmadan ziyade normatif değerlendirme ve incelmeyi gerektirir [...] Biz bu konuda şöyle bir ölçütün uygulanabilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz: Eğer fail “suçlu mantığına” (*Verbrechervernunft*) göre olay anında yakalanma ve bunun sonucunda cezalandırılma tehlikesini göze alamadığından dolayı suç yolunda ilerleyemiyorsa, vazgeçmesi gönüllü değildir. Çünkü bu halde fail suçlu bir kişinin makuliyet ya da mantık ölçülerine göre davrandığından, hukuk düzenince cezalandırılmamayı hak etmemektedir.”²⁴⁷ Detaylarını mukayeseli hukuk bahsinde ele aldığımız bu görüşün esasını suç politikası mülahazalarıyla failin vazgeçmesinin hukuk düzenine dönüş iradesinin bir ifadesi olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Erem/Danışman/Artuk ise ihtiyar kavramının “serbest irade” şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir. Bu müelliflere göre: “vazgeçmenin yalnız iradi olması yetmez, serbest olması da lazımdır. Bir dereceye kadar “ihtiyar” terimi “icbar” (zorlama)nın aksidir. Hariçten gelen maddi veya manevi bir baskı altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradi sayılabilirse de ihtiyara dayanan vazgeçme sayılamaz. Çünkü harici bir tazyik karşısında bulunan suçlunun kararı mutlak veya görelî bir mecburiyet altında alınmış bir

²⁴⁴ Dönmezer/Erman, s. 449-450.

²⁴⁵ Dönmezer/Erman, s. 450.

²⁴⁶ Sözür, s. 248.

²⁴⁷ Sözür, s. 248-249.

karardır.”²⁴⁸ Yargıtay da bu konuda verdiği kararlarda serbest irade kıstasına istinat etmiştir.²⁴⁹ Bu hususta Yargıtay: “teşebbüsün varlığının kabulü için gerekli olan neticenin, failin elinde olmayan bir engel yüzünden” gerçekleşmemiş olmasını aramıştır.²⁵⁰ Yargıtay bu konuda verdiği bir başka kararında şu ölçütleri ortaya koymuştur: “Y. CGK.nun 1979 gün ve 1979/43 sayılı ve dairemizce de benimsenen görüşleri veçhile, sanığın ırza geçme kastı ile icrai hareketlerine başlaması, yalnız başına teşebbüs hükmünün uygulanmasına yeterli olmamasına, ancak açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engelin mevcudiyeti halinde teşebbüse yer verilebileceğine, şayet ciddi bir engel mevcut değilse, sanık yarına olan maddenin uygulanması gerekmesine nazaran; olayımızda olduğu gibi, sanığın mağdureyi nüfuz ve hakimiyeti altına aldıktan sonra penisi ile zorlaması ve dıştan hiçbir engel bulunmadan, mağdurenin (acıyor) demesi ile kendiliğinden bırakması halinde, eylemi TCK’nun 61/son maddesi de gözetilerek, tasaddi olarak nitelendirilmesi gerekirken yazılı şekilde, ırza geçmeye teşebbüs olarak kabulü, yasaya aykırıdır.”²⁵¹ Yargıtay, mağdurenin yalvarması, eşine veya annesine şikâyet edeceğini söylemesi ve mağdurun ağlaması neticesinde failin teşebbüsten vazgeçmesini ihtiyariyle vazgeçme olarak kabul etmiştir.²⁵² Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere Yargıtay, harici sebepler bir engel seviyesine ulaşmadığı sürece failin teşebbüsten vazgeçmesinin gönüllü olduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme’nin ifadesiyle failin ifadesine bağlı olmayan “mani sebepler” yüzünden suçun icrasından vazgeçmek durumunda kalınmış ise artık bu durumda iradi “ihtiyari” bir vazgeçmeden söz edilmez. Bu noktada Yargıtay’ın salt psikolojik ölçütlerle hareket etmediğini gösteren, müessesinin ratio legisini dikkate aldığı intibahı uyandıran kararları da vardır: Örneğin, “Olay günü müdahilin B.G.’den onun evde yalnız olduğunu öğrenen sanık, Bakkal A.H.’den adres sorarak müdahilin evine gitmiş, kapıya açan müdahile ‘Beni içeri davet etmiyor musun? Babanla konuşacağım şeyler var’ diyerek emrivaki yapıp içeri girdikten sonra, müdahili kolundan tutup yere yatırmış, kazağını kaldırıp göğüslerine el atmış, kendi pantolonunun düğmelerini çözmeye başlayınca müdahil, sanığın ırzına yönelik eyleminden başka türlü kurtulamayacağını anlayarak ‘Şimdi

²⁴⁸ Faruk Erem, Ahmet Danişman ve Mehmet Emin Artuk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 317.

²⁴⁹ Sözüer, s. 251.

²⁵⁰ Yarg. 5. CD., 26.10.1978, E. 1978/2612-K. 3146 (Zikreden: Sözüer, s. 252).

²⁵¹ Yarg. 5 CD, 1981-3303/3424 (Zikreden: Sözüer, s. 252).

²⁵² Kararlar için bkz. Sözüer, s. 252-253.

çocuklar gelir. Adım çıkar. Sen şimdi git ben gelirim' demiş, bu söze inanan sanık, müdahili bırakarak evden ayrılmıştır [...] Saniğin, müdahilin ırzına geçmeye yönelik eyleminden, kendi arzusu ile değil; müdahilin hileli yollara başvurarak, bir başka ortamda rızasıyla ırzına geçmesine izin vereceğine inandırması sonucu vazgeçmiş olduğunun açıkça anlaşılması karşısında, saniğin eyleminin zorla ırza geçmeye eksik kalkışma olarak nitelendirilmesi gerektiğinden...’’²⁵³ Alman Hukuku’nda erteleme vakaları başlığı altında izah ettiğimiz failin mağdurun hileli beyanla faili suçun icrasında vazgeçirdiği bu vaka tipinde Yargıtayımız, Alman Federal Mahkemesi’nden farklı olarak bu nevi bir vazgeçmenin gönüllü olmadığına karar vermiştir. Aslında Yargıtay, mağdurenin faili hileli ifadelerle ikna etmesini bir nevi harici mani sebep olarak tavsif etmiştir. Buna mukabil, burada zorlanmış bir iradede ziyade failin hukuka uygun davranma iradesi (arzusunun) bulunmaması nedeniyle O’nun bu müesseseden yararlanmamasına karar verildiği kanaatindeyiz. Bir başka deyişle bu vakada salt failin karar alma süreci dikkate alındığında serbest irade ürünü bir vazgeçmeden söz edilebilse de bu nevi bir vakada failin müesseseden istifade etmesine imkân sağlanması normun amacına uygun olmadığından kararda açıkça zikredilmese de normatif bir sınırlandırmaya gidilme ihtiyacı duyulmuştur.

1940-2003 yılları arasındaki tüm Türk Ceza Kanunu tasarıları da eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımını muhafaza etmiş ve bunlardan vazgeçmeye farklı hukuki neticeler bağlamıştır. Örneğin, 1940 TCK tasarısında yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu’nu (*Codice Rocco*) aynen benimsemişti. Tasarının Teşebbüs alt başlıklı I. Fasıl 80. maddesinde: “*Eğer suçlu isteyerek fiilden vazgeçerse, vazgeçinceye kadar işlemiş olduğu hareketler kendi başına başka bir suç teşkil ettiği takdirde o suça mahsus ceza ile cezalandırılır*” hükmüyle gönüllü vazgeçmeyi düzenlemiş; TCK m. 36’da gönüllü vazgeçme olarak düzenlenen (tam) teşebbüsten vazgeçme ise faal nedamet olarak düzenlenmişti. Buna göre fail: “*kendisi isteyerek neticenin tahakkukuna mani olursa, teşebbüs ettiği cürme mahsus cezanın üçte birden yarısına kadarı indirilerek hükmolunur.*” 1958, 1987, 1989, 1997, 2000 ve 2003 TCK tasarıları da eksik ve tam teşebbüs ayırımını benimsediklerinden gönüllü vazgeçme ve faal nedamete farklı hukuki neticeler bağlayan hükümler ihtiva etmişlerdir. 2003 Hükümet tasarısında da gönüllü vazgeçme kurumu, eksik

²⁵³ Yarg. CGK., 5.10.1987, E.5/214 – K.425 (Zikreden: Osman Yaşar, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2000, s. 939-940).

teşebbüs başlıklı m. 37 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir: “Fail, cürmün icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçtiği ve fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” Failin suçun icra hareketlerini bitirmiş olmakla birlikte çabalarıyla netice- nin meydana gelmemesini sağlamış olması halinde ise failin eksik teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması öngörülmüştü. Tasarılar incelendiğinde gönüllülük kavramına eşanlamlı olarak “isteyerek” ve “kendiliğinden” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Kavramın muhtevası konusunda yani vazgeçmenin ne zaman gönüllü olacağı konusunda en son Dönmezer tasarısı olan 2003 tasarısının gerekçesi birtakım izahlar ihtiva etmektedir:

Maddenin son fıkrasında “kendiliğinden vazgeçme” halinde failin ceza sorumluluğu düzenlenmiştir [...] Ancak teşebbüste engelleyici nedenlerle icranın bitirilememesiyle kendiliğinden vazgeçmeyi birbirinden ayırmak her zaman kolaylıkla olanaklı değildir. Bu konuda şöyle bir ölçü göz önünde bulundurmaya olanaklıdır: Şayet fail suçu işlemek hususunda daha önce verdiği kararı yeniden gözden geçirmeye yönelmiş ve bu kararı sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde icrayı yarıda bırakmış, nedensellik bağlantısını kendisi frenlemiş ise, vazgeçme kendiliğindendir; buna karşılık, fail icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerin dışında kalan bir etmen yüzünden, icrayı tehlikesizce sona varamayacağını anladığı için, icra hareketlerine devam etmemişse, vazgeçme kendiliğinden değildir.²⁵⁴

Görüldüğü üzere burada Dönmezer/Erman formülü tekrar edilmiş ve izahların devamında da failin icra hareketlerini yarıda bıraktığı zaman, bunları sonuna kadar götürüp götürmemesi hususundaki kanaatine bakılması gerektiği ifade edilmiştir.²⁵⁵

B. 5237 Sayılı TCK Dönemi

1. Öğreti

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda 765 sayılı Kanun dönemindeki ihtiyarıyla vazgeçme ve faal nedamet ayırımı kaldırılmıştır. Adalet Alt

²⁵⁴ 14/4/2003 tarihinde Bakanlar Kurulu’nca kararlaştırılan Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 18.

²⁵⁵ Ibid, s. 18-19.

Komisyonu'nda Kabul Edilen Metin ve daha sonra bu metnin yasalaşmasıyla birlikte 765 sayılı Kanun ve TCK tasarılarında mevcut olan gönüllü vazgeçme-faal nedamet ayırımı kaldırılmıştır. Daha doğrusu eskiden faal nedamet olarak tavsif edilen failin suçun tamamlanmasını veya neticenin önlenmesini kendi çabalarıyla engellemesi hali gönüllü vazgeçmenin bir görünüm biçimi olarak düzenlenmiştir.²⁵⁶ Bu husus Kanun'un gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir:

765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir.

Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hallerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur.

Böylece gönüllü vazgeçme kurumunun kapsamı genişletilmiş, bu durum TCK m. 36'ya yöneltilen eleştirilerin odak noktasını teşkil etmiştir.²⁵⁷ Esasen kanun hükmünde biri teşebbüsten vazgeçmeyi yani icra hareketlerini bırakmayı diğeri ise suçun tamamlanmaması için aktif bir davranışın varlığını arayan iki hal düzenlenmiştir. Bu ikinci hal eski kanun döneminde faal nedamet olarak adlandırılan haldir. Yeni Kanun döneminde *Zafer*, bu iki kavramı mevcut etkin pişmanlık hükümleriyle de karıştırılma ihtimalini de bertaraf edecek şekilde pasif ve aktif gönüllü vazgeçme olarak adlandırmak-

²⁵⁶ Bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 473-474; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2017, s. 506-510.

²⁵⁷ Bu hususta krşl. Önder Tozman, Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 242-244; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 478-479; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 626, 635; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, US-A Yayınları, Ankara 2017, s. 320-321; Özgenç, s. 506-507.

tadır.²⁵⁸ Bu bakımdan gönüllü vazgeçmenin manevi unsuru olan gönüllüğün tespiti icra hareketlerinde daha büyük bir önem arz etmektedir.

Yeni Kanun döneminde de vazgeçmenin ne zaman bizzat failin isteği ile gerçekleşip gerçekleşmediği önemli bir mesele niteliği arz etmektedir; çünkü bir yandan gönüllü vazgeçmenin kapsamı genişletilmiş diğer taraftan da fail gönüllülük gönüllülük şartının gerçekleşmediği tespit edildiği takdirde işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten cezalandırılacaktır.²⁵⁹ Öğretide, aktif gönüllü vazgeçme halinde yani suçun tamamlanması veya neticenin husule gelmesine mani olunması için çaba gösterilmiş olması icap ettiğinden vazgeçmenin gönüllüğünün tespiti nispeten daha kolay olacaktır.²⁶⁰ Burada icrai davranışın yorumlanmasının ihmali davranışlara nispetle kolay olması olgusuna istinat edilmekte ve failin kendi çabalarıyla neticeyi engellemiş olması gerektiğinden burada failin gösterdiği çaba ve neticenin ortaya çıkmasını engellemek bakımından taşıdığı nedensel değer önem arz edecektir.²⁶¹

Gönüllülük şartı bakımından vazgeçmenin samimi olması gerekmediği ve failin hangi saikle vazgeçtiğinin bir önemi bulunmadığı kabul edilmektedir.²⁶² Daha açık bir ifadeyle failin ayrıca ahlaki bir saikle hareket etmiş olmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.²⁶³ Samimiyet koşulunun aranmasının kurumun tatbik sahasını daraltacağı, bu nedenle bu suç siyaseti aracı olarak tavsif edilen gönüllü vazgeçme için samimiyet koşulunun değil iradi vazgeçmenin yeterli olduğu görüşü benimsenmektedir.²⁶⁴ Bu noktada gönül-

²⁵⁸ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 6. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 456; ayrıca bkz. Yavuz Erdoğan, “Gönüllü Vazgeçme”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 13, Ağustos 2010, ss. 93-124, s. 100-101.

²⁵⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 475-476.

²⁶⁰ Zafer, s. 457.

²⁶¹ Krşl. Centel/Zafer/Çakmut, s. 477; Erdoğan, s. 101.

²⁶² Zeynel T. Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme”, in: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Âdem Söztür ve Liane Wörner (Hrsg.), Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Baden-Baden 2010, ss. 335-361, s. 350; Tozman, s. 305; Zafer, s. 457.

²⁶³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s. 435; Centel/Zafer/Çakmut, s. 476.

²⁶⁴ İçel, s. 521, 523 dipnot 97. Teşebbüsten vazgeçmede ihtiyar mı yoksa samimiyet şartının aranacağı hususu bilhassa İtalyan Ceza Hukuku’nda Zanardelli ve Rocco Kanunlarının hazırlıkları sırasında değerlendirilmiştir. Dönemin Adalet Bakanı Zanardelli samimiyet yerine ihtiyar kavramının tercih edilmesini şu şekilde izah etmişti: “... Müessir olabilmesi için, vazgeçmenin samimi olması icap edip etmiyeceği, yahut ihtiyari olmasının kafi gelip gelmiye-

lülüğün, 765 sayılı Kanun zamanındaki ihtiyarılık gibi anlaşılmaya devam ettiği söylenebilir. Buna mukabil, Özgenç gönüllülüğü “*herhangi bir engel olmaksızın pişmanlık duyarak kişinin suçtan vazgeçmiş olması*” olarak tanımlamaktadır.²⁶⁵ Müellife göre, hırsızlık kastıyla konuta girmeye çalışırken köpek havlaması üzerine teşebbüsten vazgeçen failin, yakalanmak korkusuyla hareket ettiğinden, vazgeçme yönünde bir iradesi vardır; ancak bu irade zorlanmış bir iradedir. Bu nedenle bu nevi vakalarda vazgeçme gönüllü değildir.²⁶⁶ Yazar, 765 sayılı Kanun dönemindeki içtihatlarla atıf yaparak ihtiyarılık ve gönüllülük kavramlarının mana ve muhteva bakımından farklılık arz etmediğini ortaya koymaktadır.²⁶⁷

Görüldüğü gibi burada iradilik ve ihtiyarılık ayırımı billurlaşmaktadır. Gerçekten, gönüllü vazgeçme kapsamında salt iradilik yeterli görülmemekte failin aynı zamanda iki ihtimal arasında harici bir engel olmaksızın kendiliğinden karar vermesi neticesinde girdiği fenalık sokağından çıkarak hukuk yoluna geri dönmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle her ihtiyari hareket

ceği münakaşa edilmiştir. Tercih edilen noktai nazar bu ikincisidir, çünkü, hem cezai adalet beşeri hareketlerin en derin sebeplerini araştırmakla mükellef değildir, hem de, aksi halde, vazgeçenden ekseriya temin edemeyeceği ve hakimlerin çok kerre tahkik eylemek vasıtasına malik bulunamayacakları bir delil talep edilmiş olur. Binaenaleyh bir suça sadece teşebbüs etmiş olan kimsenin cezalandırılabilmesini bertaraf etmek için, kabili tecziye olan teşebbüs mefhumuna karşılık olarak, suçun tamamlanmasının failin iradesinden müstakil olmıyan sebepler dolayısıyla talik edilmiş olması kafidir.” Erra, s. 683. Bu yaklaşım tarzı Rocco Kanunu tarafından da benimsenmiştir, ancak Kanun’un hazırlık çalışmaları sırasında Viterbo şehri avukatları kraliyet komisyonu ihtiyar yerine samimiyet kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağını şu şekilde izah etmişti: “... bedihi adaletsizliklere meydan verilmemek için, “ihtiyarile” kelimesinin yerine “samimiyetle” sözünün ikame edilmesi daha iyi olur, çünkü iter criminis’in inkıtaa uğraması, yakalanma korkusu veya cürmi hareketten elde edilen karı muhafaza eylememek endişesinden ibaret olabilen, menfaatperest veya gayrı samimi saiklerden ileri geldiği takdirde değil, fakat fall bir nedametın nişanesi, vicdanın deruni bir sevkının ve müsmir bir pişmanlığın neticesi olduğu takdirde nazarı itibara alınmağa layıktır. Yukanki faraziyyede, açıktır ki vazgeçme failin daha az tehlikeli ve içtimai düzene aykırı bir şahıs olduğuna delil teşkil edemez, binaenaleyh kendisinin cezasız kalması doğru değildir. Çünkü, bazı hallerde tefrik kolay olmasa dahi, ekseri ahvalde hadisenin hususiyetleri, vazgeçmenin saiklerini tayin ve binnetice basit iradeye samimiyetin de inzımam edip etmediğini tespit eylemek için lazımgelen unsurları temin ederler”. Erra, s. 685.

²⁶⁵ Özgenç, s. 504.

²⁶⁶ Özgenç, ibid.

²⁶⁷ Müellif, Yargıtay’ın, failin dışında iradesine yabancı bir sebeple teşebbüsten vazgeçmesinin gayrı ihtiyari, tasarlanan eylemin gerçekleşmeme sebebi failin iradesine bağlanabiliyorsa ihtiyari bir vazgeçmeden söz edilebileceği yolundaki içtihadını zikretmektedir. Özgenç, s. 505.

iradi olmakla birlikte her iradi hareket ihtiyari değildir. Bir irade zorlanmış da olsa iradededir. Buna mukabil harici veya dâhili bir maninin mevcudiyeti teşebbüsten vazgeçmeyi ihtiyari, yani gönüllü olmaktan çıkarır.

Zafer, gönüllülüğün isteyerek, hiçbir baskı olmadan imkânlardan birini seçmeyi ifade ettiğini, bu nedenle failin gerçekten pişman olması gerekmediğini ifade etmektedir.²⁶⁸ Bu bağlamda gönüllülüğe eski Kanun döneminde kullanılan ihtiyariyle ve kendiliğinden terimlerine karşılık gelen bir mana verildiği kaydedilmelidir. Örneğin, *Koca/Üzülmez*, gönüllülüğün isteyerek gerçekleştirme, seçme şansının bulunduğu bir durumda imkânlardan birini tercih etme anlamına geldiğini ifade etmektedir.²⁶⁹ Bu hususta saikin aranacağına dair ne kanun ne gerekçede bir sarahat olduğu ifade edilerek gönüllü vazgeçmenin saikleri üzerinde durmaya gerek olmadığı ileri sürülmektedir.²⁷⁰ Failin daha sonra devam etmek üzere suçun icrasına devam etmemesi halinde gönüllülük şartının gerçekleşmediğini kabul edenler olduğu gibi²⁷¹ bu gibi hallerde önemli olanın o anda suçun işlenmemiş dolayısıyla kamu düzeninin bozulmamış olması nedeniyle vazgeçmenin gönüllü olduğu görüşü de savunulmaktadır.²⁷²

Gönüllülük şartı bakımından 5237 sayılı Kanun döneminde göze çarpan husus meselenin daha ziyade Alman Ceza Hukuku'nda yukarıda izah ettiğimiz psikolojik-normatif teoriler ikilemi etrafında tartışılmaya başlamasıdır.²⁷³ Alman öğretisinde hâkim olan yeni psikolojik teori tarafından benimsenen ve esasen gönüllü vazgeçmeyi gönülsüz olandan tefrikte serbest irade-serbest olmayan iradenin yabancı sözcükler ifadesinden başka bir anlam ifade etmeyen otonom-heteronom sebeple vazgeçme kavramını benimseyen yazarlar da mevcuttur. Öğretide *Tozman*, bu hususta Alman öğretisinde ele alınan görüşleri tetkik ettikten sonra şu neticeye varmaktadır: “[...] vazgeçme de gönüllülük sorunu somut olayda psikolojik ve normatif yaklaşımın birlikte ele alınarak cevaplandırılması gerekir. Bu bakımdan kanaa-

²⁶⁸ Zafer, s. 457; Erdoğan, s. 105.

²⁶⁹ Koca/Üzülmez, s. 435.

²⁷⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 633.

²⁷¹ Zafer, s. 457; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 530.

²⁷² Erdoğan, s. 106.

²⁷³ Bkz. Tozman, s. 284 vd.; Fatih Selami Mahmutoglu ve Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017, s. 845 vd.

*timizce de vazgeçme davranışının otonom ve heterenomluğu temelinde bir ayırım yapılmak gerekir. Böylece gönüllülüğün asıl anlamı da açıkça ortaya çıkacaktır.”*²⁷⁴ Hatta aşağıda ele alacağımız Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarından birinde de faillerin “kendi otonom iradeleri” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadenin serbest irade kavramına nazaran ne gibi bir muhtevi derinliği olduğu anlaşılamamaktadır. Yüksek Mahkeme’nin anlamı sarih olmayan ve kullanımı zaruri olmayan bu gibi yabancı terimlere müracaat ederek karar inşa etmesinin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

Buna mukabil önceki Kanun döneminde olduğu gibi psikolojik teori kapsamında değerlendirilen *Frank* formülüne başvurmak suretiyle de vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı belirlenmektedir.²⁷⁵ Ayrıca, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının tespitinde failin karar anındaki ruhi durumunun esas alınması gerektiği görüşü hâkimdir.²⁷⁶ Keza iradilik ile gönüllülüğün bir yere kadar aynı olduğu ancak maddi veya manevi bir tazyik söz konusu olduğu vakit bu iradi davranışın serbest irade ürünü “hür gönüllü” bir irade olmadığı ve bu nedenle kanuni şartı gerçekleştirmediği ifade edilmektedir.²⁷⁷ Burada esasen failin suçun icrasına devam edebilme imkânı olmasına rağmen devam etmemesi ölçütü benimsenmektedir.²⁷⁸

Yeni Kanun döneminde de suçlu mantığı kıstasına müracaat edilmesi savunulmaktadır.²⁷⁹ *Hakeri*, gönüllülük ile izahlarının başında failin ne için vazgeçtiğinin önemi olmadığını ifade etmiş olmasına karşın²⁸⁰ belli vakalarda gönüllü vazgeçme müessesinin amacına müracaat edilerek uygulama kapsamının daraltılması görüşündedir. Yazar görüşünü şu şekilde izah ediyor: “... *Mağdur kendisini öldürmek isteyen kiralık katil, “sen 100 bin TL karşılığında bunu yapıyorsan, ben sana beni öldürmemen için 200 bin TL veririm” önerisinde bulunur ve kiralık katil bunu kabul ederek vazgeçer-*

²⁷⁴ Tozman, s. 296-297. Müellif bu ayırımı esas alarak somut olaylarda gönüllülük şartının varlığını kazuistik bir anlayışla ele almaktadır. Tozman, s. 299-322; ayrıca bkz. Mahmutoglu/Karadeniz, s. 847.

²⁷⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 629; Zafer, s. 457; Demirbaş, s. 475; Centel/Zafer/Çakmut, s. 476; Hakeri, s. 530.

²⁷⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 629; Demirbaş, s. 475-476.

²⁷⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 632-633.

²⁷⁸ Zafer, s. 457.

²⁷⁹ Bkz. Hakeri, s. 532; ayrıca bkz. Erdoğan, s. 104.

²⁸⁰ Hakeri, s. 529.

se, esasen yukarıdaki bütün kriterlere göre vazgeçme gönüllüdür. Ne var ki, burada hukuk düzeninin gönüllü vazgeçmeyi kabul etmesi mümkün olamaz, zira bu örnekte gönüllü vazgeçmenin arkasında yatan amacın gerçekleştiğini söylemek olanaklı değildir. Altın köprüünün amacına aykırı bir durum söz konusu olacağından, kiralık katile bu olayda gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamamak gerekecektir.”²⁸¹ Gönüllü vazgeçmede, suç siyaseti teorisi olarak da adlandırılan altın köprü teorisini benimseyen yazar, failin iradi olarak vazgeçmesine ilave olarak vazgeçme davranışının gönüllü vazgeçme normunun amacına uygun olmasını, bir başka deyişle failin vazgeçmede saikinin kurumun amacına uygunluğu şartını aramak suretiyle gönüllü vazgeçmenin tatbik sahasını daraltan normatif bir yaklaşım benimsemektedir. Yazar, ayrıca Alman hukukundaki, failin birinci mağduru öldürmeye teşebbüs etmiş failin, ikinci bir mağduru öldürmek için yarıda bıraktığı ilk eyleminde vazgeçmenin gönüllü olmadığı görüşündedir.²⁸² Benzer şekilde yazar, üçüncü kişinin faili ihbar etme riski mevcut olduğu bir durumda failin “akıllı bir şekilde” yeni duruma göre strateji geliştirmesinin ve suçu işlemekten vazgeçmesinin, suçlu mantığına uyduğundan, gönüllü olmadığı görüşündedir.²⁸³ Bu görüş tenkide uğramıştır. Erdoğan’a göre: “Kanundaki düzenleme yapılrken failin saikine önem verilmemiştir. Şayet burada vazgeçmeyi kabul etmez isek fail neticede kasten öldürmeye teşebbüs suçundan dahi olsa (ki bu suçun cezası oldukça ağırdır) cezaevine girmek yerine daha az para karşılığında dahi olsa suçun işlenmemiş olmasının tercihi üstün tutulması gerektiğinden, biz saike önem verilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Kaldı ki 36’ncı maddede vazgeçen failin vazgeçme saikine bakılacağına dair bir sarahat yoktur. Bu bakımdan vazgeçme sebebi iyi veya kötü niyet mahsulü olabilir.”²⁸⁴ Bu tenkide bakıldığında iki husus ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birincisi Kanun’un lafzının failin saikine bakılmasına dair bir hüküm içermemesi; ikincisi de faillerin suç işleme kararlarından vazgeçerken gönüllü vazgeçme normunu dikkate aldıklarıdır ki bunun gerçekte karşılığının olduğunu söylemek güçtür. Keza, kanunun lafzı açıkça saikin varlığını aramasa da bu gönüllülük kavramına normatif muhtevanın da yüklenmesi suretiyle normun amacıyla ahenkli bir uygulamanın teminine mani değildir.

²⁸¹ Hakeri, s. 533.

²⁸² Hakeri, s. 532.

²⁸³ Hakeri, s. 531.

²⁸⁴ Erdoğan, s. 107.

Benzer şekilde eski TCK döneminde *Dönmezer/Erman* tarafından geliştirilen ve yukarıda izah edilen ölçütlerin yeni TCK döneminde de geçerli olduğu ve uygulanabileceği ileri sürülmüştür.²⁸⁵ Bu çerçevede, dış etkenler, mağdurun kaçması veya direnmesi, icra hareketlerine devam etmenin imkânsız hale gelmesi, tesadüfi olaylar, üçüncü kişilerin engelleyici müdahalesi gibi harici engellerin gönüllülüğü ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir.²⁸⁶ Esasen, failin icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı riskler haricinde üçüncü bir faktör nedeniyle suçun icrası önemli ölçüde zorlamış veya yakalanma tehlikesi artmışsa bu durumda vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilecektir.²⁸⁷ Bu hususta şu örnekler verilmektedir: hasmına ateş etmek isteyen failin elinin tutulması, yankesicilik yapmak isteyen hırsızın yakalanması, maddi bir engel nedeniyle vazgeçme, kapıyı açmak için kullanılan anahtarın kırılması veya mağdurun karşı koyması hallerinde vazgeçme gönüllü olmayacaktır; çünkü fail bu vakalarda teşebbüsü elinde olmayan nedenlerle tamamlamamıştır. Sayılan objektif nitelikteki engellerin yanında failin korkması gibi sübjektif nitelikte engeller nedeniyle de vazgeçme söz konusu olabilir. Bu hususta şöyle bir kıstas uygulanması önerilmektedir: “*Şayet fail, icra hareketlerini devam ettiremeyeceğini görerek vazgeçmek zorunluluğu duymuşsa, vazgeçme kendiliğinden, yani gönüllü değildir.*”²⁸⁸ Buna mukabil, harici engel örneğin köpeğin havlaması gibi bir engel ortaya çıktıktan sonra dahi fail suçun icra hareketlerine devam edebileceğine inanıyorsa, bu durumda da gönüllü vazgeçme mümkün olabilecektir.²⁸⁹ Esasen failin utanma, acı, ceza korkusu, ahlaki düşünceler gibi dış faktörler olmaksızın failin kendisine ait iç nedenlerle vazgeçmesinin kuşkusuz gönüllülük şartının gerçekleştiğinin en açık örnekleri niteliğindedir.²⁹⁰ Bu gibi olaylarda harici şartlar değişmemesine ve failin hesaba kattığı riskler dışında bir faktör veya başkaca bir harici mani sebep olmamasına rağmen kendiliğinden aldığı kararla teşebbüsten vazgeçmektedir.²⁹¹

²⁸⁵ Bkz. Kangal, s. 348-349.

²⁸⁶ Kangal, s. 348; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2016, s. 521; Koca/Üzülmez, s. 435; Centel/Zafer/Çakmut, s. 476.

²⁸⁷ Hakeri, s. 529-530.

²⁸⁸ İçel, s. 522.

²⁸⁹ İçel, ibid.; Koca/Üzülmez, s. 435; Hakeri, s. 532.

²⁹⁰ İçel, s. 523.

²⁹¹ Krşl. Hakeri, s. 530.

2. Uygulama

Yargıtay yeni Kanun döneminde verdiği kararlarda da esasen “serbest irade” ölçütünü uygulamakta ve gönüllülük kavramını oldukça geniş yorumlamaktadır. Öğretide *Mahmutoğlu/Karadeniz*, Yüksek Mahkeme’nin psikolojik yaklaşımı benimsediği görüşündedir.²⁹² Uygulamada, failin icra hareketlerini yarıda bıraktığı vakalarda bunları sonuna kadar götürebileceği kanaatinde olup olmadığı araştırılarak hüküm verilmektedir.²⁹³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015 senesinde karara bağladığı iki olayda gönüllülük şartına ilişkin benimsediği ölçütleri ortaya koymuştur. Genel Kurul’un karara bağladığı birinci olayda failler uyuşturucu madde satın almak üzere gitmiş, uyuşturucu maddeyi (924 gram net esrar elde edilebilecek oranda Hint keneviri) görmüşler yapılan pazarlık neticesinde uyuşturucu maddenin bekledikleri kalitede olmaması ve buna bağlı olarak fiyatını yüksek bulmaları nedeniyle alışverişten vazgeçmişlerdir. Kurul bu vakada gönüllülüğe ilişkin benimsediği ölçütleri ortaya koymuş ve vazgeçmenin gönüllü olduğuna karar vermiştir. Kararın ilgili kısımları şu şekildedir:

Vazgeçmenin sübjektif şartı olan ve dördüncü bentte açıklanan gönüllülük, gerçek anlamda pişmanlığı ifade etmemektedir. Korktuğu ya da mağdura acıdığı için veya vicdan azabı, tanrı korkusu gibi başkaca iç etkenlerin varlığıyla vazgeçmesi durumunda da fail hakkında gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. Önemli olan failin kendi iradesi ile suç işlemekten vazgeçmesi, icra hareketlerini yarıda bırakması ya da neticenin gerçekleşmesini engellemesi olup, vazgeçmenin kaynağını insanın özünde olması gereken iyilik duygusundan alması gerekli değildir. Esasen ceza muhakemesinde psikik dürtülerin kaynağını ispatlamak da kolay olmadığından, faille ceza vermemek için fiili isteyerek kesmesi yeterli görülmelidir. Böylece, vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olması gerek olmayıp failin samimiyeti aranmayacağından, suçu daha sonra işlemek üzere vazgeçmiş olması halinde dahi, kamu düzeni de bozulmamış olduğu için gönüllü vazgeçme hükmünden yararlandırılacaktır.

²⁹² Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 852.

²⁹³ Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 476-477; Erdoğan, s. 102-103.

Sanıkların uyuşturucu madde ticareti suçunun icra hareketlerine başladıkları, ticaret amacıyla uyuşturucu madde satın almak üzere yayladaki çadır evine giderek uyuşturucu maddeyi gördükleri, hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen sanık Ayfer ile pazarlık yaptıkları, fakat uyuşturucu maddenin bekledikleri kalitede olmaması ve buna bağlı olarak fiyatını yüksek bulmaları nedeniyle alışverişten kendi otonom iradeleri ile vazgeçtikleri olayda, sanıklar tarafından beğenilmemiş olsa dahi suçun unsurları için yeterli nitelikte bulunan ve hukuk düzenince suç konusu kabul edilen 924 gram net esrar elde edilebilecek oranda hint kenevirini satın alma imkân ve fırsatı var olduğu halde, görevlilerce yapılan bir baskın ya da başkaca bir dış engel bulunmadan icra hareketlerine son verdikleri ve buna bağlı olarak suçun tamamlanamadığı görülmektedir. Sanıkların eylemlerine devam etme imkânı varken her ne saikle olursa olsun kendi özgür irade ve otonom kararları ile vazgeçmeleri nedeniyle haklarında TCK'nun 36. maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir.²⁹⁴

Görüldüğü üzere Yargıtay failin teşebbüsten vazgeçme saikini dikkate almamakta, failin fiilini isteyerek kesmesini yeterli görmektedir. Bu karara, on bir Genel Kurul üyesinin, gönüllü vazgeçme şartları bulunmadığından yerel mahkeme hükmünün onanması gerektiği düşüncesiyle karşı oy kullanışları kaydedilmelidir. Bu noktada yerel mahkemenin 10.12.2013 gün ve 238-303 sayılı direnme kararının gerekçesinin zikredilmesi yerinde olacaktır:

“... Sanık Ayfer, yayladaki evlerine gelen sanıklara, eşi sanık Bilal'in talimatı ile suç konusu esrarları gösterdiğini, gelen sanıklardan bayan olanın 'bu tohumluk, bu bize yaramaz, bizde bundan çok var' dediğini ve geri gittiklerini beyan etmektedir.

Sanıklar Veli ile Hacı'nın yaylaya uyuşturucu almaya giderken 13.08.2012 günü saat 17.41'de yaptıkları görüşmede, Hacı'nın Veli'ye, 'Ya orda karşıda polisler var, polis hepsi onlar seni mi takip ediyorlar' dediği,

Sanık Hacı'nın uyuşturucu almaya gidip uyuşturucuyu almadan geri döndükten sonra dosya dışı başka bir kişi ile yaptığı telefon

²⁹⁴ Yargıtay CGK, E. 2014/10-183, K. 2015/62, T. 24.3.2015 (www.kazanci.com.tr).

görüşmesinde ‘iyi ikiden aşağı olmaz diyo haa’ dediği görülmektedir.

Sanık Ayfer’in beyanı, zikredilen telefon konuşmalarına göre, sanıklar Veli, Gültaze ve Hacı’nın kalitesini beğenmedikleri suçla konu esrarların fiyatının iki milyardan aşağı inilmemesi, iki milyara alındığı takdirde piyasaya satmalarının mümkün olmaması ve polis takibinden şüphelendikleri için almaktan vazgeçtikleri, eylemlerinin satmak amacıyla uyuşturucu madde satın almaya teşebbüs suçunu oluşturduğu, olayda gönüllü vazgeçme şartlarının oluşmadığı...”,

Yerel Mahkeme açıkça malın kalitesizliği ve failerin polis takibinden şüphelenmelerini harici engel olarak tavsif etmiş ve bunun vazgeçmenin gönüllülüğünü ortadan kaldırdığına hükmetmiştir.

Genel Kurul’un 2015 yılında gönüllülük şartını tartıştığı ikinci karar ise cinsel saldırıya teşebbüsten vazgeçmeyle ilgilidir. Bu olayda fail, olay günü ailece görüştükleri yalnız olduğunu bildiği mağdurenin evine gitmiş ve havalandırılması için açık bırakılan evin kapısından içeriye girerek mağdureye yorgun olduğunu söyleyip çay yapmasını istemiş, mağdure ailece görüştükleri için failin bu isteğini kabul etmiş ve ev işlerine devam etmek için yatak odasına geçmiştir. Fail, mağdurenin arkasından yatak odasına giderek O’na sarılmış ve göğüslerini sıkışmış, bağırmakta olan mağdureye “sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım” demiş, mağdure kurtulmak için faili itmiş ve bağırmaya başlamış, bunun üzerine fail koridora çıkmış ve tekrar “senle yapalım” demiş, mağdure de koridora doğru bir tahta fırlatmış ve mutfığa doğru bıçak almaya yönelmesi üzerine fail evden çıkmıştır.²⁹⁵ Genel Kurul bu olayda failin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs ettiğine ve fakat bu suçla teşebbüsten gönüllü vazgeçtiğine hükmetmiştir. Genel Kurul bu olayda gönüllülük ile ilgili öğretideki görüşleri naklettikten sonra Yargıtay’ın gönüllülük şartıyla ilgili görüşünü şu şekilde özetlemiştir:

Yargısal kararlarda da, suç yolunda (*iter criminis*) ilerleyen sanık daha fazla ilerleme imkânına ve kanaatine sahip olduğu halde, suç yolunda ilerlemeyerek icrayı yarıda bırakmışsa ya da icra hareketleri tamamlandıktan sonra kendi çabası ile sonucun meydana gelmesini önlemişse vazgeçmenin gönüllü olduğu, buna karşılık fail icraya başlarken gözönünde tuttuğu ve

²⁹⁵ Yargıtay CGK, E. 2014/14-600, K. 2015/194, 9.6.2015 T. (www.kazanci.com.tr).

hesaba kattığı risklerden başka bir faktör sebebiyle icra hareketlerine devam etmemişse ya da sonuca ulaşamamışsa vazgeçmenin gönüllü olmadığı, bu halde icra hareketleri failin elinde olmayan engelleyici sebeplerle bitirilemediğinden ya da sonuç failin elinde olmayan sebeplerle meydana gelmediğinden teşebbüsün sözkonusu olduğu vurgulanmıştır.

Bu izahlardan sonra Genel Kurul somut olay bakımından şu kanaat ulaşmıştır:

[...] sanığın katılana sarılmak ve katılanın göğüslerini sıkmak suretiyle icra hareketlerine başladığı, bu sırada katılana söylediği “sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım” sözleri ve koridorda birliktelik teklifini sürdürmesi sanığın kastının nitelikli cinsel saldırı suçuna dair olduğu, fakat sanığın dosya kapsamı ve olay yerinin özelliklerine göre evde yalnız olan mağdureye karşı icra hareketlerini devam ettirebilme ve arzu ettiği sonucu gerçekleştirebilme imkânı var olduğu halde ciddi bir engel bulunmamasına karşın kemali istemi ile eylemine son vererek evden ayrıldığı, anlaşılacakla 5237 Sayılı Kanunun 36. maddesi hükmü uyarınca eyleminin o ana kadar tamamlanmış kısmı olan basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Olayda itiraz kanun yoluna başvurarak olayın Genel Kurul’un önüne gelmesine neden olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise bu olayda gönüllülük şartının gerçekleşmediğini şu şekilde temellendirmişti:

“... Sanığın mağdurenin evinde yalnız bulunduğu sırada, yatak odasında temizlik yapmakta olan mağdurenin peşinden gidip arkasından sarılarak göğüslerini sıktığı ve açıkça ‘sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım’ sözleriyle cinsel ilişkiye girmek istediğini belirtmek suretiyle sanığın kastının ‘nitelikli cinsel saldırı’ suçuna yönelik olduğu ve suçun doğrudan doğruya icrasına ‘elverişli hareketlerle’ başladığı, ancak mağdurun bir yandan kendisini iterek elinden kurtulması diğer yandan bağırması sebebiyle sanığın elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamadığı, olay yeri ve zamanı göz önünde tutulduğunda, mağdurun direnç göstermesi ve bağırması üzerine, yakalanma riski ortaya çıkan sanığın fiiline son vermesi gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilemeyeceği, fiilinin ‘nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs’ suçunu oluşturacağı...”

Bu olayda da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında mağdurun direnç göstermesi ve bağırmasının failin yakalanma riskini ortaya çıkarması nedeniyle bu harici engelin vazgeçmenin serbest irade ürünü olmadığı görülmüştür. Elbette bu nevi olaylarda somut olayın şartları belirleyici olacaktır. Bize göre de karara konu olan olay yakından incelendiğinde mağdurenin direnmesi ve bağırmasının ciddi bir engel niteliği arz ettiği ve bu nedenle gönüllülük şartının oluşmadığı kanaatindeyiz. Buna karşılık Yargıtay'ın şu kararında gönüllülük şartının varlığı konusunda verdiği kararın yerinde olduğu düşüncesindeyiz:

*[...] Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın mağdureyi pazara götürme bahanesiyle traktörünün sepetine alıp onu ağaçlık bir alana götürüp donunu ve kilodunu indirmeye çalıştığı sırada, mağdurenin karşı koyup hasta olduğunu bildirmesi üzerine, sanığın mağdureyi bırakarak organ sokma eylemini gerçekleştirmemesi şeklinde sübut bulan olayda, sanığın eylemlemesini tamamlamasına ciddi bir engel olmadığı, hareketlerini sonuna kadar götürebilmesi imkan dahilinde bulunduğu halde, mağdurenin hasta olduğunu bildirmesi üzerine icra hareketlerine kendiliğinden son verdiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesi hükmü uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle, sanığın eyleminin basit nitelikteki cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs suçundan ceza tayin edilmesi [...]*²⁹⁶

Olayın تنها bir yerde gerçekleşmesi ve mağdurenin ciddi bir mukavemet gösteremeyecek durumda olması karşısında failin kendiliğinden, serbest irade ürünü olarak nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten vazgeçtiği yolundaki kararın yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Yüksek Mahkeme'nin vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul ettiği vakalarda genellikle suçun konusu veya üçüncü kişinin olay yerine gelmesiyle ilgili harici engeller söz konusu olmaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunda failin

²⁹⁶ Yarg. 14. CD., E. 2012/1525, K. 2013/13036, 10.12.2013 T. (www.kazanci.com.tr); ayrıca bkz. Yarg. 14. CD., E. 2011/1625, K. 2012/2596, 5.3.2012 T. (www.kazanci.com.tr); Mahmutoglu/Karadeniz, s. 852 dipnot 106.

evde değerli eşya bulamaması nedeniyle bir şey çalmadan konuttan ayrılması halinde Yüksek Mahkeme vazgeçmenin gönüllü olmadığına ve failin hırsızlık suçuna teşebbüsten ceza alması gerektiğine karar vermiştir.²⁹⁷ Kaçakçılığa teşebbüs eden failin gümrük salonun تنها olması ve sıkı kontrol olması nedeniyle bavullarını bırakıp olay yerinden ayrılması²⁹⁸ veya okulda hırsızlık için icra hareketlerini gerçekleştirdikleri sırada okulun hademesinin okula gelmesi karşısında yakalanmaktan korkarak teşebbüsten vazgeçmesi şeklinde gerçekleşen olaylarda vazgeçme eyleminin gönüllü olmadığına karar vermiştir²⁹⁹.

Yargıtay failin örneğin yakalanma tehdidi ile vazgeçtiği hususunda herhangi bir delil bulunmadığı vakalarda şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca gönüllülük şartının oluşturduğuna karar vermektedir.³⁰⁰ Buna mukabil bu hususta her somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmalı, şayet her düşünülebilen saik failin gönülsüzlüğü sonucuna götürüyorsa vazgeçmenin gönülsüz olduğuna karar verilmelidir.³⁰¹

V. NETİCE VE KANAATİMİZ

Çalışmamızda Türk ve mukayeseli hukukta gönüllü vazgeçme müessesinin manevi unsurunu teşkil eden gönüllülük şartının muhteva ve sınırlarını tayin etmek üzere gerek öğreti gerekse uygulamada ortaya koyulan kıstasları tetkik ve tahlil ettik. Çalışmanın bu bölümü, bu tetkik ve tahlillerin sentezi ve gönüllü vazgeçmenin gönülsüz vazgeçmeden tefriki hususunda emin kıstaslar niteliğinde olduğu kanaatine ulaştığımız ölçütleri ihtiva etmektedir.

Evvela, tüm manevi unsurlar gibi failin gerçekten hangi saikle teşebbüsten vazgeçtiğini tespit etmek zordur. Kastın ispatında olduğu gibi buradaki değerlendirme hariçten dâhile ulaşmak suretiyle yapılmaktadır. Bir başka deyişle, faili teşebbüsten vazgeçmeye sevk eden saik somut olayın

²⁹⁷ Yarg. 2. CD., 2014/789 E., 2015/1440 K., 02.02.2015 T. (Zikreden Mahmutoglu/Karadeniz, s. 854); ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 633 dipnot 160.

²⁹⁸ Yarg. CGK., 1988/7-242 E., 1988/559 K., 26.12.1992 T. (Zikreden Mahmutoglu/Karadeniz, s. 854); ayrıca bkz. Hakeri, s. 532.

²⁹⁹ Yarg., CD., 2015/8044 E., 2015/5899 K., 21.10.2015 T. (Zikreden Mahmutoglu/Karadeniz, s. 854).

³⁰⁰ Yarg. 11. CD., E. 2014/1907, K. 2016/925, 10.2.2016 T. (www.kazanci.com.tr); ayrıca bkz. Mahmutoglu/Karadeniz, s. 855.

³⁰¹ Bkz. Tozman, s. 312.

harici şartlarından yola çıkılarak tespit edilecektir. Bu hususta, ilk derece mahkemelerinin failin saikini, yani elverişli hareketlerle icrasına başlayarak suç işleme kastını ortaya koyan failin niçin karar değişikliğine gittiğinin tespiti hayati önemi haizdir. Bu suale fail davranışı ve olayı çevreleyen şartlardan yola çıkılarak cevap aranmalıdır. Buna mukabil, salt harici şartlarla yetinilmesi katı bir objektivizme yola açabileceğinden, failin kişiliği ve şahsi özellikleri de dikkate alınmaktadır. Bilhassa, gönüllü vazgeçmede failin icra eylediği veya aktif davranışla mani olduğu neticeden, o ana kadar husule gelen haksızlığın muhtevası etkilenmektedir. Kanun koyucu, suç siyaseti mülahazalarıyla, o ana kadar işlenen fiiller bir suç teşkil ediyorsa faili sadece o suçtan cezalandırmaktadır. Gönüllü vazgeçme halinde fiilin haksızlık içeriği etkilenmekle birlikte, cezayı kaldıran bir şahsi sebep olan bu kurumla faile, *“fenalık sokağında tam zamanında durmak ve aklını başına toplamak kuvvetini kendisinde bulan bir kimse olduğunu ispat etmiş”* olduğundan, Zöhrap’ın deyiimiyle salah-ı fikrisi avdet eden faile işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten dolayı ceza verilmemektedir. Failin bu imkândan yararlandırılması için suçun icrasından vazgeçmesinin gönüllü olması şartı, müessesinin bu amacına uygun tatbikine imkân sağlayan bir hudut ve çerçeve niteliğindedir.

Mukayeseli hukuka bakıldığı vakit, farklı terim ve kelimeler tercih edilmekle birlikte gönüllülüğün bu kurumun en önemli şartı olduğu görülmektedir. Buna mukabil, kullanılan terim ve kelimelerin gerek lafzı gerekse hukuki manaları arasında derin farklılıklar olduğu görülmüştür. Bilhassa Alman Hukuku’nda gönüllülük kavramının karşılığında kullanılan *“Freiwilligkeit”* kavramının lafzi hudutları ve bu hududun kurumun *ratio legis* esas alınmak suretiyle aşıp aşılamayacağı meselesi Alman hukukunda bu husustaki görüş ayrılıklarının ana fay hatlarından birini teşkil etmektedir. Bu tartışma, failin ceza ile tecziye edilip edilmeyeceğini belirlediğinden oldukça mühimdir. Gerek kanunilik ilkesi gerekse de hukuki kavramların muhtevasının lafza sıkı sıkıya bağlı olup olmadığı sorularıyla birlikte değerlendirildiğinde mesele daha büyük önem kazanmaktadır. Bu çerçevede, Alman Federal Mahkemesi ve öğretinin kahir ekseriyatı, teşebbüsten vazgeçmede aranacak vazgeçme kararının hür irade eseri olmasının kâfi olduğu, buna inzımam (eklenen) eden bir ölçütün teşebbüsten vazgeçme hükmünün lafzını aşacağı ve bunun neticesinde kurumun tatbik sahasını kanuna aykırı olarak daraltacağı görüşündedir. Bu görüş yabana atılır cinsten değildir. Buna mukabil, hür iradenin muhtevasını daha ziyade psikolojik karar alma süreçleriyle tes-

pit eden Federal Mahkeme'nin, tüm vakalarda normun *ratio legis* ile ahenkli sonuçlara varamadığını kendisi de kabul etmiş, hatta bazı vakalarda normun amacından hareketle iradiliğin yanında failin vazgeçme saikini çeşitli kıstaslarla değerlendiren normatif teorilerin daha adeletli neticelere varabildiğini de ifade etmiştir. Yine de salt değerlendirmeye dayanarak, normatif (kaidevi) kavram inşasının ceza hukuku müessesinin düzenlediği ontik olgunun tasviri (deskriptif) gerçekliğinden soyutlanarak salt değerlendircinin değerlendirilmesi de mahzurludur. Bu nedenle, gönüllülük konusunda geliştirilecek her görüşün failin karar alma süreçleri ve O'nu vazgeçme kararına sevk eden harici ve dâhili etkileri hesaba katması gerekir.

Türk Ceza Hukuku'nda da eski kanun devrinde “ihtiyar” yeni kanun devrinde de “gönüllülük” kavramının hür irade manasında kullanıldığı ve Yargıtay'ın da psikolojik yaklaşıma yaklaşan ve gönüllülüğü adeta iradilikle eş anlamlı gören bir yaklaşım çerçevesinde karar verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Öğretide pek azınlıkta olan müelliflerin gönüllü vazgeçme normunun *ratio legis*ni dikkate aldıkları müşahade edilmektedir. Bu görüşlerin isabetinden ziyade ele alınması lazım gelen ön mesele, Alman Hukuku'ndaki lafzi sınır meselesinin Türk Hukuku'nda gönüllülük kavramı bakımından da gündeme gelip gelemeyeceğidir. Bize göre, eski kanun döneminde irade ve ihtiyar arasında net bir ayırım yapmak mümkündü. Buna göre irade ihtiyarı kapsamaktadır. Bir başka deyişle ihtiyari olan her davranış aynı zamanda iradidir. Buna mukabil, her iradi davranış ihtiyari değildir. İrade, mümkün olmayan bir şeyi isteme manasına gelebileceği gibi zorlanmış bile olsa irade iradedir. Bu nedenle hayır kökünden gelen ihtiyar kelimesine hür iradeye inzıam eden doğruyu seçme, suç yolundan çıkarak hukuk yoluna girme manası yüklenebilir. Keza, yeni kanun döneminde tercih edilen “gönüllülük”³⁰² terimi de bir şeyi hiçbir yükümlülüğü yokken tercih etmek, isteyerek yapmak manasına gelmektedir ki bu kavramın lafzının da hür iradenin ötesinde gönüllü vazgeçme müessesinin *ratio legis*yle ahenkli bir muhtevayı taşıyabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenledir ki Alman Hukuku'nda bu hususta zuhur eden münakaşalı meselelerin memleketimize ithalinde fayda iktiza edememekteyiz. Bu bağlamda, kanımızca öğreti ve Yargıtay kararlarında kullanılan “otonom” karar kavramının semantik ve

³⁰² Buna karşılık gönülsüzlük ise “isteksiz”, “istemeyerek” manalarına gelmektedir. Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük 1, 9. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1998, s. 874.

muhtevi bakımdan önümüzdeki meselenin hallinde pek bir fayda sağlamayacaktır. Burada, kanunda kullanılan terimlere mümkün olduğunca sadık kalınması ve bunun sonucu olarak Alman Kanun'daki '*freiwillig/unfreiwillig*' kavramlarının başka kelimelerle ifadesinden daha farklı bir şey olmayan '*otonom-heterenom*' ikilemesi yerine kanuni terimler olan '*gönüllü-gönülsüz*' ikilemesinin kullanılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Nihayet, salt iradilik değil buna inzıam eden kıstasların gönüllü vazgeçmeyle gönülsüz vazgeçme arasındaki hudutların tayin ve tespitinde kullanılmasının da Türk gönüllü vazgeçme normunun lafzını aşan bir yorum olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira gönüllülük terimi failin teşebbüsten vazgeçme kararını hangi saikle aldığı ve bu saikin normun ihdas amacına uygun olup olmadığı sorusunun sorulmasına imkân tanımaktadır.

Bu izahlar ve yukarıdaki tetkilerimiz ışığında gönüllü vazgeçmeyi gönülsüz vazgeçmeden tefrik etmek üzere şunların emin kıstaslar teşkil ettiği kanaatine ulaşmış bulunmaktayız:

1. Evvela gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğu vakalar üçlü bir tasnife tabi tutulmalıdır:

- a. Gönüllü vazgeçmenin sarıh olduğu vakalar;
- b. Gönülsüz vazgeçmenin sarıh olduğu vakalar;
- c. Failin tesir altında kalarak teşebbüsten vazgeçtiği vakalar.

Fransız Hukuku'ndan ilham alarak teklif ettiğimiz bu gruplandırma sayesinde pratik çözümlere gidilebilecektir. Her halükarda, bu vakalarda esas mesele failin vazgeçmeye sevk eden saik veya saiklerin tespiti ve tefsiridir.

2. Vazgeçmenin gönüllülüğünün sarıh olduğu vakalar, bu kurumun ideal tipini teşkil etmektedir. Bunların başında failin içten bir pişmanlık duyarak suçun icrasından vazgeçtiği veya neticenin husule gelmesine mani olduğu vakalar gelmektedir. Failin dini, ahlaki veya kanunların buyruklarına uyan bir kimse olma saikiyle vazgeçmesi halinde vazgeçme her zaman gönüllüdür. Zira burada tam da normun ihdas amacıyla ahenkli olarak fail suça teşebbüsten vazgeçmekle kalmamakta hukukun buyruklarına uygun davranma iradesini de ortaya koymaktadır. Buna mukabil, vazgeçmede salt ahlaki saiklerle vazgeçmenin gönüllü olarak kabulü müessesinin tatbik sahasını oldukça daraltabilir; ancak burada hukuk ahlakına müracaat edilmesini müdafaa edilen görüşler ahlaki yargıların sübjektifliği tenkidini bertaraf et-

meleri bakımından birçok vakada emniyetli bir kıstas olabilir. Mağdura acıma, mağdurun faili iknası veya hukuka uygun davranmaya çağırarak O'nun salah-ı fikrîsinin avdet etmesine vesile olması hallerinde vazgeçme sarîh bir şekilde gönüllüdür. Hangi harici veya dâhili sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın ani pişmanlık, genel bir yakalanma veya ceza alma korkusuyla alınan vazgeçme kararları; keza, failin cesaretini yitirmesi, bir arkadaş veya üçüncü bir kişinin iknası gibi harici tesirlerle husule gelen vazgeçme de gönüllüdür.

3. Gönülsüz vazgeçmenin sarîh olduğu vakalarda ise fail harici şartların zorlamasıyla, adeta O'nu icbar ederek mecbur kılması neticesinde vazgeçmektedir. Aniden polisin, üçüncü kişinin veya mağdurun olay mahalline intikal etmesi veya mağdurdan kaynaklanan direnç gibi hallerde vazgeçme gönülsüzdür. Mağdurun failin tehdidinden etkilenmemesi, mağdur tarafından tanınması, mağdurun faile fizik üstünlüğünün olması gibi hallerde vazgeçme sarîh bir biçimde gönülsüzdür. Suç icrasına devam etmenin örneğin hırsızlık suçunun icrası sırasında failin güvenlik kamerasına çok yakın olduğunu görmesi nedeniyle ortaya çıkan hususi yakalanma riski nedeniyle vazgeçmesi de gönülsüzdür.

4. Gönüllülük bakımından failin sübjektif kanaati esas olduğundan, failin artık suçu işleyemeceğini düşünmesi halinde, objektif olarak bu imkân halen mevcut olsa bile vazgeçme gönülsüzdür. Aynı şekilde, fail suçun icrasına imkânı olduğunu düşünse bile objektif olarak bu imkânın olmaması gönüllülük konusunda varılacak yargıya tesir etmez. Örneğin, failin artık kasten öldürme suçunu işleme imkânının kalmadığını düşündüğü bir vaka da vazgeçme gönülsüzdür. Elbette başta da belirttiğimiz gibi failin manevi âlemindeki cereyan eden bu süreçlerin tespiti, harici şartlardan yola çıkılarak maddi vakanın objektif şartları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

5. Failin gönüllü vazgeçme iradesinin hukuka uygun davranma iradesinden farklı saiklerle oluştuğu vakalarda gönüllü mü yoksa gönülsüz bir vazgeçmenin mi olduğu konusu münakaşalıdır. Bu gibi vakaların bazılarında failin hür iradesiyle vazgeçmesine mukabil, bu vazgeçme davranışı O'nun artık hukuka uygun davranma fikrine dönmesinden değil bilakis menfaatperest (*utilitarian*) mülâhazalardan kaynaklanmaktadır. Yukarıda tetkik ettiğimiz Yargıtay kararında, malı kaliteli bulmaması nedeniyle teşebbüsten vazgeçmesi halinde failin vazgeçmesinin gönüllü mü gönülsüz mü olduğu hususunda bu nedenle yorum güçlüğü yaşanmaktadır. Yargıtay, sanıkların Hint kenevirini satın alma imkân ve fırsatı olduğu halde, görevlilerce yapılan

bir baskın ya da başkaca bir dış engel bulunmadan icra hareketlerine son vermelerini gönüllü vazgeçme olarak tavsif etmiştir. Bir başka deyişle, Yargıtay gönüllülüğü hür irade olarak tanımlamakta buna inzimam eden bir kıstas tatbik etmemektedir. Bu yargısını da vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olmasına gerek olmadığı, suçu daha sonra işlemek üzere failin vazgeçmiş olması halinde dahi kamu düzeni de bozulmamış olduğu için gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanması gerektiği kanaatindedir. Biz bu yorum tarzına iştirak edemiyoruz. Yargıtay'ın vazgeçme saikinin türünü dikkate almamasının, gönüllü vazgeçme normunun amacıyla uyuşmadığı düşüncesindeyiz. Zira Yargıtay'ın karara bağladığı bu vakada, başkaca kıstaslara müracaat etmeden vazgeçmenin gönülsüz olduğu sonucuna varılabilir. Malın değerinin azlığı failin gerçekleştirmeyi kast ettiği uyuşturucu “ticareti” suçu bakımından harici bir engel olarak yorumlanabilir. Faillerin polis takibinde olduklarını bildikleri ifadesi de doğru kabul edilecek olursa, polis takibinin yarattığı hususi yakalanma korkusunun da sarıh bir gönülsüz sebebi teşkil eden harici bir sebep olduğuna kuşku yoktur.

6. Bize göre bu nevi hür iradenin mevcut olduğu ancak failin müesseseden istifade ettirilmesinde hukuk ve adalet duygusu bakımından tereddüt yaratan vakalarda gönüllü vazgeçme normunun *ratio legisine* istinat edilmelidir. Elbette burada yukarıda da bahsettiğimiz gibi failin vazgeçme davranışında salt değerlendirici ölçütlere başvurulmamalı, bu ilave ölçütlere müracaat normun amacına uygun olarak Kühl'ün ifadesiyle söylecek olursak normatif bir düzeltme (*normative Korrektur*)³⁰³ olarak değerlendirilmelidir.

7. Bu hususta gerek Türk gerekse mukayeseli hukukta ortaya konulan kıstasları yukarıda izah ettik. Örneğin, uyuşturucu ticareti vakasında *Roxin'in* suçlu mantığı kıstası kabul edildiği takdirde; failin işlediği suçun mantığı uyuşturucu ticaretinden kar elde etmek olduğuna göre, malın kalitesiz olması halinde satın alma eyleminin icrasına devam etmesi O'nun ticareti bakımından pek akla, mantığa yatmaz. Dolayısıyla bu vazgeçme suçlu mantığına uyduğundan vazgeçme gönüllü değildir. Dikkat edilirse bu kıstas menfi (*ex negativo*) bir değerlendirmeye müsaittir; çünkü vazgeçme ancak suçlu mantığıyla tenakuz halinde olursa gönüllü addedilecektir. Keza, *Bitzilekis'in* suç mantığı kıstası da failin vazgeçmeyle birlikte değişen şartlara göre suçla ilgili tutumunu değiştirip değiştirmediği, bir başka deyişle işlemeyi kast

³⁰³ Kühl, s. 569.

ettiği suçla alakalı vazgeçme davranışıyla daha avantajlı bir durum yaratıp yaratmadığını esas almaktadır. Müellifin, vazgeçmenin bu kıstaslar uyarınca gönülsüz olduğu kanaatine ulaştığı vakalardan biri de failin suçun icrasına devam etmesinin artık bir anlamı kalmadığı vakalardır. Müellif, bu vaka tipine örnek olarak failin suçun konusunun kendi beklentilerinin altında kalması nedeniyle vazgeçmesini vermektedir. Bu çerçevede, Yargıtay'ın uyuşturucu ticareti vakasına bakıldığında, suçun konusu olan hint kenevirinin beklentilerinin altında kalması nedeniyle failin vazgeçmesinin gönülsüz olduğu neticesine ulaşılır. Burada müellif, yerinde bir tespitle vazgeçmenin gönüllü olabilmesi için sadece zorlayıcı tesirlerin bulunmamasını yeterli görmemekte buna ilave olarak vazgeçmenin suçun gerekliliklerinden bağımsız olması gerektiği kıstasını ortaya koymaktadır. *Bitzilekis*'in kıstası da *Roxin*'inki gibi menfi bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Buna göre, vazgeçme şayet failin icrasına başladığı suçun mantığına uygunsa vazgeçme gönülsüzdür.

8. Bize göre, burada failin suç planını ve işlemeyi kast ettiği suçun somut olaydaki şartlarını esas alan bir değerlendirme birçok vakanın doğru çözümünü temin edebilecek bir kıstastır. Burada sorulması gereken soru, failin suçun icrası sırasında ortaya çıkan risklerin faili vazgeçmeye icbar etmesi nedeniyle mi yoksa fail suç planını icra etme imkânına sahip olmasına rağmen suç işleme kararını yeniden gözden geçirerek yeni bir karar alıp almadığıdır. Buna mukabil, suç planına uymayan yeni hallerin (riskler ve sair harici sebepler) ortaya çıkması nedeniyle suçun icrasından zorunlu olarak vazgeçmişse artık vazgeçme gönüllü değildir. Failin vazgeçme saiki, işlemeyi kasettiği suçla kabili telif olmamalıdır. Öğretide öteden beri savunulan ve köklerini örneğin *M.E. Mayer*³⁰⁴ ve *Cavallo* gibi müelliflerin görüşlerinde bulan³⁰⁵ failin suç planını esas alan görüş, günümüzde *Roxin* gibi müellifler

³⁰⁴ Max Ernst Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Auflage, Carl Winters, Heidelberg 1923, s. 370.

³⁰⁵ “Zorlanmış olan iradede, hariçten gelen tesirler suçu tamamlamak kararının değiştirilmesine amil olmazlar. Bu karar bütün tahakkuk edebilme kudretiyle mevcudiyetini muhafaza etmektedir; fakat... girişilen işi neticelendirebilmek imkanının hesaplanmasından mütevellit bir irade ve bu hesaplamanın neticesi olan yeni bir karar meydana gelmektedir... Hülâsa ihtiyarıyla vazgeçmede harekete geçebilmesini mucip olan saikler nazarı itibare alan, yani verilen kararı değiştirmek maksadiyle onu tekrar gözden geçiren yeni bir karar mevcuttur. İradeden müstakil sebepler dolayısıyla vaki olan vazgeçmede... evvelce alınmış karar muhafaza edilmektedir. Bu kararın saikler tekrardan gözden geçirilmiş değildir; fakat bu kararı tatbik edebilip edememek imkânı hakkında yeni karar alınmaktadır.” *Cavallo*, s.g. Il delitto tentato, s. 80-81 (Zikreden: Erra, s. 708-709).

tarafından savunulmaktadır. Bu görüşün esasını, failin suç planında öngör-
düğü risklerin dışında ortaya çıkan bir sebeple mi yoksa suç planını devam
imkânının mevcut olduğu kanaatinde olmasına rağmen daha önce verdiği
suç işlemeye ilişkin kararı gözden geçirip yeni bir karar (suç yolundan dön-
me kararı) alıp almadığı meselesi teşkil etmektedir. Örneğin, eşini öldürme-
ye teşebbüs eden babanın çocuklarının gelmesi üzerine yaşadığı duygulanım
neticesinde teşebbüsten vazgeçmesi, O'nun suç planına aykırıdır. Fail bu
nevi vakalarda, O'nu suç işlemeye sevk eden saikle tevil edilemeyecek yeni
bir saikin tesiriyle teşebbüsten vazgeçmektedir. Salt psikolojik kıstasla ha-
reket edilirse teşebbüsten vazgeçen babanın vazgeçmesinin gönülsüz oldu-
ğuna hükmetmek gerekir. Buna mukabil, hukukun değerlendirci gözünden
bakıldığında O'nda hukuka uygun davranma iradesini tetikleyen, yeni saik
(çocuklarının olay yerine gelmesi) failin bu müesseseden yararlandırılmasını
gerektirir.

9. Buna mukabil failin hukuk yoluna dönmekten ziyade değişen şart-
lara ve ortaya çıkan yeni plan dışı risklere bir tepki olarak suçtan vazgeçtiği
vakalarda; aslında fail, suç işleme kararını muhafaza etmektedir. Yargıtay'ın
uyuşturucu ticareti vakasında malın kalitesizliği, failin suç planına uymayan
yeni bir durumdur. Keza, failin cinsel saldırıda bulunduğu sırada mağdure-
nin fail açısından öngörülme-yen mukavemeti de failin planına uymayan yeni
şartlardır. Bu noktada, fail ortaya çıkan yeni faktörlere rağmen suç planına
uygun bir şekilde suçun icrasını tamamlayabileceği kanaatindeyse, vazgeç-
me gönüllüdür. Gönülsüz vazgeçmede, fail daha evvel aldığı suç kararını
muhafaza etmesine karşın, failin iradesinden bağımsız sebepler yüzünden
teşebbüsten vazgeçme durumunda kalmaktadır. Çalışmamızda gönüllülük
şartının mevcudiyetine cezasızlık, mevcut olmamasına ise suça teşebbüs-
ten ceza hükmü öngören Türk hukuku da dâhil olmak üzere ele alınan di-
ğer hukuk sistemlerinde gönüllü-gönülsüz olarak tabir edebileceğimiz sınır
vakalarında yorum güçlükleriyle karşılaşıldığı görülmektedir. Hukuki ne-
tice noktasında cezasızlığın yanına indirim sebebi olarak gönüllü vazgeç-
meyi düzenleyen ve her ikisini de hâkimin takdirine bırakan İsviçre Ceza
Kanunu'nun esnek çözümü de olması gereken hukuk çerçevesinde yerinde
bir çözüm gibi gözükmektedir.

KAYNAKLAR

- Ambos, Kai, in: Dieter Dölling, Gunnar Duttge, Stefan König ve Dieter Rössner (hrsg.) Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht Handkommentar, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017.
- Amelung, Knut, Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreinden Rücktritts vom Versuch“ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (120), 2008, ss. 206-245.
- Artuk, M. Emin Artuk/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016.
- Beckemper, Katharina/Cornelius, Kai, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, 37. Edition, Stand: 01.02.2018.
- BGH, Beschl. v. 28.01.2015-4 StR 574/14 (LG Essen), Strafverteidiger (11), 2015, s. 688.
- BGH, Rücktritt vom Versuch aus seelischen Gründen, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1994, ss. 428-429.
- BGHSt 35, 184, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, 35. Band, Carl Heymanns Verlag, Köln 1989, ss. 184-187.
- Bitzilekis, Nikolaos, “Zur Autonomie der Rücktrittentscheidung”, in: Felix Herzog ve Ulfrid Neumann (hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, ss. 661-679.
- Bockelmann, Paul, Strafrechtliche Untersuchungen, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen 1957.
- Bosch, Nikolaus/Eser, Albin, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, München 2014.
- Boulloc, Bernard, Droit pénal général, 24. édition, Dalloz, Paris 2015.
- Centel, Centel/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: 1, 13. Bası, Beta, İstanbul 1997.

Elliott, Catherine, French Criminal Law, Routledge, London 2011.

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahre 1957, Amtliche Sammlung, 83. Band, IV. Teil, Strafrecht, Imprimeries Reunies S.A., Lausanne 1957.

Erdoğan, Yavuz, “Gönüllü Vazgeçme”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 13, Ağustos 2010, ss. 93-124.

Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

Erra, Carlo, “Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme” (Çev. Sahir Erman), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. X., S. 1-2, İstanbul 1944, ss. 679-720.

Fabrizy, Ernst Eugen, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 12. Auflage, Manz’sche Verlag, Wien 2016.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, 65. Auflage, C.H.Beck, München 2018.

Fornasari, Gabriele, “Die Regelung des Versuchs und des Rücktritts vom Versuch im deutschen und italienischen Strafrecht“, in: Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung, Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, Peter Lang, Frankfurt 2003, ss. 49-59.

Frank, Reinhard, “Vollendung und Versuch“, in: Vergleichende Darstellung, Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Verlag von Otto Liebmann, Berlin 1908.

Fuchs, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat, 9. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2016.

Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer, Berlin 2015.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, US-A Yayınları, Ankara 2017.

Haft, Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, C. H. Beck, München 1998.

Hager, Gerhard/Massauer, Wolfram in: Frank Höpfel ve Eckart Ratz (hrsg.) Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Manz’sche Verlag, Wien 1999, §§ 15, 16.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet, Ankara 2017.

- Hermann, Mareike, Hermann, Der Rücktritt im Strafrecht, Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda, Duncker & Humblot, Berlin 2013.
- Hoffmann-Holland, Klaus, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2017.
- Horder, Jeremy, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford 2016.
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2016.
- Jäger, Christian in: Jürgen Wolter (hrsg.) Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, § § 1-37 StGB, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2017.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Kienapfel, Diethelm, Frank Höpfel ve Robert Kert, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, Manz'sche Verlag, Wien 2016.
- Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2017.
- Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Vahlen, München 2017.
- Lilie, Hans/Albrecht, Dietlinde, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ve Klaus Tiedemann (hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, De Gruyter Recht, Berlin 2007.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017.
- Maiwald, Manfred, "Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch", in: Karl Heinz Gössel ve Otto Triffterer (hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, C. F. Müller, Heidelberg 1999, ss. 255-270.
- Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 6th edizione, Giuffrè Editore, Milano 2017.
- Maurach, Reinhard/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2014.
- Mayer, Max Ernst, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Carl Winters, Heidelberg 1923.

- Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2015.
- Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Allgemeiner Teil, 14. Bis 25. Sitzung, Bonn 1958.
- Niggli, Marcel Alexander/Maeder, Stefan, in: Marcel Alexander Niggli ve Hans Wiprächtiger (hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2013.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II-III, Beta, İstanbul 1992.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2017.
- Pradel, Jean, Droit pénal général, 19. édition Cujas, Paris 2012.
- Prothais, Alain, Tentative et Attentat, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1985.
- Puppe, Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2016.
- Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012.
- Roxin, Claus, „Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch“ in: Hans Lüttger (hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 1972 Berlin, ss. 251-276.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck, München 2003.
- Schubert, Kathrin, Der Versuch- Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung, Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- Seelmann, Kurt/Geth, Christopher, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016.
- Simester, AP/Spencer, JR/Stark, Findlay/Sullivan, GR/Virgo, GJ, Simester and Sullivan's Criminal Law, Theory and Doctrine, 6th Edition, Hart Publishing, Oxford 2016.
- Sözüer, Âdem, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994.
- Spencer, John, “Brief Comments from an English perspective”, in: Klaus Tiedemann (hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Freiburg-Symposium, Carl Heymanns Verlag, Köln 2002, ss. 435-445.

- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011.
- Taner, M. Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, Üçüncü Basım, Akgün Matbaası, İstanbul 1953.
- Tipold, Alexander, Rücktritt und Reue, neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2002.
- Tozman, Önder, Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Trechsel, Stefan/Noll, Peter/Pieth, Mark, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. Auflage, Schulthess, Basel 2017.
- Triffterer, Otto Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer-Verlag, Wien 1985.
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük 1, 9. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1998.
- Ulsenheimer, Klaus, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Walter de Gruyter, Berlin 1976.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2016.
- Yaşar, Osman, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2000.
- Zaczyk, Rainer, in: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen (hrsg.), Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 6. Bası, Beta, İstanbul 2016.
- Zöhrap, Kirkor, Hukuk-u Ceza, Ahmed Sâki Bey Matbaası, İstanbul, 1325 (1907).

Yapay Adalar Üzerine Hayaller: Açık Denizlerde Yeni Devlet Projeleri

Dr. Öğr. Üyesi Anıl ÇAMYAMAÇ*

Öz: İnsanlık tarihinde tekrar tekrar kanıtlandığı üzere, umutsuz zamanlar umutsuz çabaları beraberinde getirir; bu minvalde, 1960'lar ve 1970'lerde bireyler veya şirketler gibi özel hukuk kişileri her zeminde çeşitli kaçış plânları aramışlardır. Yeniden başlama ihtiyacı duyan bu yatırımcılar, kendi devletleri tarafından empoze edilen dayanılmaz vergiler, malî yükümlülükler ve boğucu bürokratik mekanizmalardan kendilerini kurtarmak amacıyla fevkalade projeleri hayata geçirmeye çabalamışlardır. Bunlar arasında en sıradışı olanı açık denizlerde yapay adalar kurmak suretiyle kendi devletlerini yaratmak ve hayatlarını daha liberal bir devlette idame ettirmek olmuştur. 1960'ların sonu, 1970'lerin başında özellikle sanayileşmiş devletlerin zengin vatandaşları arasında bu olağandışı düşünceler hayli revaçta olmuştur. Böylelikle, bu alanda önemli bir kısmı sadece kâğıt üzerinde kalan birçok proje oluşturulmuştur ki, bunları gerçekleştirebilmek açısından hiçbir şans yoktu. Bu projelerin daha hayata geçmeden ölü doğmasının temel nedeni ilgili devletlerin ve onların müdahaleleridir. Sonuç olarak, bu kısa çalışmada bu projeler ve özellikle de onların gerçekleşmemesini sağlayan yargı kararları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yapay Adalar, Yeni Devletle, Ulus Yaratımı, Deniz Hukuku, Açık Denizler Serbestisi, Sealand Prensiği.

Dreams over Artificial Islands: Projects of New States on the High Seas

Abstract: As proven repeatedly in the course of human history, desperate times call for desperate measures; therefore, in the 1960s and 1970s, private law persons, either as individuals or as corporations, searched high and low for various kind of escape

* Makale gönderim tarihi: 05.11.2017. Makale kabul tarihi: 08.01.2017.

Kıbrıs İlim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (acamyamac@yahoo.com).

plans. These entrepreneurs who needed a fresh start, attempted to bring into existence exceptional projects to liberate themselves from the unbearable taxes, financial burdens and suffocating bureaucratic mechanisms that were imposed by their own states. Among them, the most phenomenal venture was to establish their own state by constructing an artificial island on the high seas and maintain their lives in a much more liberated state, in every meaning of the word. In the late 1960s and early 1970s, especially among the wealthy citizens of the industrialized states these outstanding ideas were high in demand. Thus, in this respect many projects had been developed most of which remained as projects on paper; there were no chances of delivering them. The states concerned and their interventions were the main causes that killed these projects before they were brought into life. Consequently, in this short essay these projects and specifically the juridical decisions which held them back will be dealt with.

Keywords: “Artificial Islands”; “New States”; “Nation Creation”; “Law of the Seas”; “Freedom of the High Seas”; “Principality of Sealand”.

GİRİŞ

Uluslararası mekânsal hukukun en eski branşlarından biri olan deniz hukuku, önemine ve eskiliğine rağmen, uzun süre yazılı kurallardan mahrum olmuş; bu kaderi, II. Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler bünyesinde gerçekleştirilen üç deniz hukuku konferansı ile değişmiştir.¹ Bilindiği üzere, Birleşmiş Milletler bünyesindeki Uluslararası Hukuk Komisyonunun uzun süren hazırlığından sonra 1958 yılında İsviçre’nin Cenevre kentinde toplanan I. Deniz Hukuku Konferansı sonrasında kabul edilen dört sözleşme ve ek protokolün² mürekkebi kurumadan II. Deniz Hukuku Konferansı

¹ Esasen, II. Dünya Savaşı öncesindeki dönemde de bir deniz hukuku, veya daha doğru bir tespitle deniz hukukunun, özellikle de karasuları genişliğinin tartışıldığı bir konferanslar dizgisi toplansa da, herhangi bir sonuç alınamamıştır. Bazı eserlerde, nadir de olsa I. Deniz Hukuku Konferansı olarak bu konferans lanse edilmektedir. Oysa ki, bu konferans münhasır olarak deniz hukukuna veya karasularına ilişkin hasredilmiş bir konferans değildir. Tam tersine, karasularının genişliği spesifik sorunsalının yanı sıra, devletlerin sorumluluğu ve vatandaşlığa ilişkin uluslararası hukukun diğer konuları da bu konferansın içeriğine gark edilmiştir ki, uluslararası hukukun farklı konularına ilişkin toplanan bu konferansa hiçbir sonuç çıkmamasının temel nedeni esasta bu çoklu konu yapılanmasıdır. Bu konferansa ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. HUDSON M.O., The First Conference for the Codification of International Law, *American Journal of International Law*, vol. 24/3, 1930, s. 447-466.

² Bu dört Sözleşme ve ek protokol şunlardır: 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahaneliği Sözleşmesi, 1958 tarihli Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi, 1958 tarihli Cenevre Balıkçılık ve Açık Denizlerdeki Canlı Kaynakların

toplanmış, ilk konferans sonunda ortaya konulan Sözleşmelerle herhangi bir şekilde çözüme kavuşturulamamış başta karasuları genişliği gibi sorunlar olmak üzere çeşitli eksiklik ve sorunların giderilmesine çalışılmış, ama ne yazık ki başarılı olunamamıştır.³ Kısa bir süre sonra, gerek mevcut dört Cenevre Sözleşmesindeki eksiklikler, gerek teknolojik gelişmelerin getirdiği birtakım yenilikler, başta okyanus tabanlarındaki cansız kaynakların paylaşımı sorunu olmak üzere denizlerde istikrar ve çözüm aranmasını tekrardan gerekli kılmıştır. Önce, konu Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan ad-hoc komitede tartışılmış⁴ ve bir yıl sonra Genel Kurul sadece deniz yatağına ilişkin değil, tüm deniz alanlarına ilişkin yeni bir sözleşme gerektiğini ortaya koymuştur. Böylelikle, Deniz Yatağı Komitesi daha geniş olarak çalışmalarını sürdürmüş ve sonucunda Birleşmiş Milletler bünyesinde dokuz yıl sürecek III. Deniz Hukuku Konferansı Venezüella'nın başkenti Caracas'ta 1973 yılında başlamıştır. Dokuz yılın sonunda ise, Jamaika'nın Montego Bay kentinde 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi kabûl edilmiştir. Günümüzde “okyanusların anayasası” (*constitution of the oceans*) olarak da adlandırılan bu metin 1994 yılının Kasım ayında yürürlüğe girmiş⁵ ve günümüzde deniz hukukunun temel metnini teşkil etmektedir ki, 2016 Haziran'ı itibarıyla da 168 devlet adı geçen bu Sözleşmenin tarafı konumundadır.⁶

Korunmasına Dair Sözleşme ve 1958 tarihli Cenevre Uyuşmazlıkların Zorunlu Çözümüne Dair Seçimlik Protokolü.

- 3 1960 yılında yine Cenevre'de toplanan II. Deniz Hukuku Konferansına dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. BOWETT D.W., The Second United Nations Conference on the Law of the Sea, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 9/3, 1960, s. 415-435; DEAN A.H., The Second Geneva Conference on the Law of the Sea: The Fight for Freedom of the Seas, *American Journal of International Law*, vol. 54/4, 1960, s. 751-789; NADESON A.C., An Analysis of the Geneva Conferences on the Law of the Sea and a Proposal on the Breadth of the Territorial Sea, American University, Michigan, 1968, özellikle s. 13 ve 29-57.
- 4 1967 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda konuşma yapan Malta Delegatesi Arvid Pardo'nun bu konuşması oldukça etki doğurmuş ve Birleşmiş Milletler bünyesinde deniz yatağına dair konuların görüşülmesi için bir ad-hoc komite oluşturulmuştur. Bkz. SANGER C., Ordering the Oceans: The Making of the Law of the Sea, Avon, 1987, s. 18-20.
- 5 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin, 308. maddesi birinci fıkrası uyarınca 60. devletin onay belgesini depozitere tevdiinden sonra hesap edilecek 12. ayın sonunda yürürlüğe girmesi düzenlenmiştir ki, bu da 16 Kasım 1994 tarihinde gerçekleşmiştir.
- 6 Bkz. <http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXI/XXI-6.en.pdf> (ziyaret tarihi: 10/09/16).

Tüm bu açıklamaların eşliğinde, her ne kadar 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çok büyük bir eksikliği gidermiş ve alanında oldukça önemli hususları ve sorunları başarıyla ele almış gözükse de, eksiklikleri vardır. Bunlar içerisinde, kısıtlı düzenleme getirilmiş yapay ada, tesis ve yapıların ilgi çektiği gözlenmektedir. Yapay adalara ilişkin kısıtlı düzenlemenin de bir sonucu olarak oldukça müphem durumlarla karşılaşmaktadır. Başka bir çalışmanın konusunu teşkil edecek bu hususlar bir kenara⁷, 1950’li yılların sonlarında deniz hukukuna ilişkin kodifikasyon çalışmaları devam eder, düzenlemeler yeni yeni ortaya çıkarken, beriki taraftan devletler yeni deniz alanları iddia ve ilân ederek gelişmeleri daha farklı noktalara taşımış ve ilâveten bazı devletlerde birey ve şirketler harekete geçerek açık denizlerde yapay adalar oluşturarak/inşa ederek bağımsızlıklarını ilân etme fikrine kapılmışlar ve bir kısmı bunun için de faaliyete geçmiştir. Bu açıklamanın da ortaya koyduğu üzere, bu çalışmada, vatandaş oldukları devletten bağımsız bir devlet kurma peşinde olanların projeleri değerlendirme altına alınacaktır. Bununla birlikte, yapay adalar üzerinde birçok şehir inşa etme plânları da döneminde yapılmış, hâlen de yapılmakta ve hayata geçirilmektedir.⁸ Bu çalışma bu sonuncu kısmı ele almamaktadır.

⁷ Genel olarak, uluslararası deniz hukuku çerçevesinde “yapay adalar” konusunda oldukça fazla kaynak vardır. Bu kaynaklar arasında ön plâna çıkanlar için bkz. HEIJMANS A.M.J., Artificial Islands and the Law of Nations, *Netherlands International Law Review*, vol. 21/2, 1974, s. 139-161; JOHNSON D.H.N., Artificial Islands, *International Law Quarterly*, vol. 4/2, 1951, s. 203-215; PAPADAKIS N., Artificial Islands in International Law, *Maritime Studies & Management*, vol. 3/1, 1975, s. 33-39; PAPADAKIS N., The International Legal Regime of Artificial Islands, Leyden, 1977; PHYLACTOPOULOS A., Artificial Islands and Installations: A Call for International Legislative Action, *International Relations*, vol. 4/5, 1972, s. 427-436; RIPHAGEN W., International Legal Aspects of Artificial Islands, *International Relations*, vol. 4/4, 1972, s. 327-364; SOONS A.H.A., Artificial Islands and Installations in International Law, *Occasional Paper*, no: 22, Rhode Island, July 1974; WALKER C.W., Jurisdictional Problems Created by Artificial Islands, *San Diego Law Review*, vol. 10/3, 1973, s. 638-663. Türk doktrininde ise bkz. ÇAMYAMAÇ A., Yapay Adalar ve Uluslararası Deniz Hukuku, *İzmir Barosu Dergisi*, 2017 (yayın aşamasında).

⁸ Özellikle dünya nüfusundaki hızlı artışla birlikte kara alanlarının daralması, okyanuslar üzerinde şehirler inşa edilmesi fikrini beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede, okyanuslar üzerinde inşa edilecek şehirlerin muhtemel hukukî statüleri birçok yazar tarafından ayrıntılı biçimde irdelenmiştir. Bu konuya ilişkin, meselâ bkz. FITZPATRICK C., The Legal Issues of the Ocean Cities, June 11 1998 via http://2100.org/w_oceancitieslegal.html (ziyaret tarihi: bilinmiyor); KAJI-O’GRADY S. & RAISBECK P., Prototype Cities in the Sea, *Journal of Architecture*, vol. 10/4, 2005, s. 443-461; KEITH K.M., Floating Cities: A New Challenge for International Law, *Marine Policy*, vol. 1/3, 1977, s. 190-204; PAWSON O., Implications

Bu kısa çalışmada, bu konuya ilişkin o yıllarda yaşananlar, ortaya atılan fikir, düşünce ve projeler değerlendirilmeye çalışılacaktır. Her ne kadar 1960'lı ve 1970'li yıllardaki kadar yoğun olmasa da, bu tür fikir ve projelerle yine de karşılaşıldığı gözlenmektedir. Bu itibarla, gerçekleştirilen, gerçekleştirilmeye çalışılan ve hattâ düşünce aşamasında kalan ve bu konuda ön plâna çıkmış projeler hukukî çerçeveye ele alınıp aktarılmaya çalışılacaktır.

Bu bağlamda, yapay ada kavramı öncelikle irdelenerek, özellikle 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde yapay adalara ilişkin temel düzenlemeler kısaca ortaya konulacaktır. Bunun sonrasında, ele alınan konu bağlamında ortaya atılan ve/veya gerçekleştirilmeye çalışılan proje, fikir ve oluşumlar tanıtılacak, müteakiben bunlar hakkında doktrinin görüşlerine ve yargısal kararlara yer verilerek, bunlar üzerinden açıklamalar sonlandırılacaktır.

I- YAPAY ADA KAVRAMI

Çalışmanın sağlıklı bir biçimde ilerleyebilmesi için kısa da olsa yapay ada kavramı üzerinde durulmalıdır. Uluslararası hukuka bakıldığında, özellikle 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde yapay adalara dair bir tanımlamanın olmadığı gözlenmektedir. Bu çerçevede, ancak mevcut kavramların tanımlarından, başta da ada tanımından yola çıkılmak suretiyle yapay ada kavramı tanımlanabilir. Bilindiği üzere, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 121/1'de ada şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bir ada, med hattının üzerinde kalan, sularla çevrili doğal olarak oluşmuş kara parçasıdır*”. Bu tanımdan da görüldüğü üzere, ada

of Floating Communities for International Law, *Marine Policy Reports*, vol. 1/1, 1989, s. 101-118; WAHICHE J.D., Artificial Structures and Traditional Uses of the Sea: The Field of Conflict, *Marine Policy*, vol. 7/1, 1983, s. 37-52; WONHAM J., Ocean Cities: Environmental Aspects, *La houille blanche*, no: 8, 1995, s. 60-62. Öte yandan, son yılların okyanusta yapay adalar üzerinde iskân ve yaşam amaçlı en önemli girişimi “*Seasteading*” adı verilen projedir. Konu hakkında bkz. www.seasteading.org (son ziyaret tarihi: 20/03/17). Ayrıca, “*Seasteading*”e ilişkin ayrıntılı hukukî bir değerlendirme için bkz. FATEH R.H., Is Seasteading the High Seas a Legal Possibility? Filling the Gaps in International Sovereignty Law and the Law of the Sea, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 46/4, 2013, s. 899-931. *Seasteading*’e dair gelişmeler basından da takip edilebilir. Meselâ, bkz. EVELETH R., I Rule My Own Ocean Micronation, *BBC News*, April 15 2015 [via www.bbc.com/future/story/20150414-i-rule-my-own-ocean-micronation](http://www.bbc.com/future/story/20150414-i-rule-my-own-ocean-micronation) (son ziyaret tarihi: 22/02/17); ORCHARD R., The New Kings of the Sea, *Slow Journalism*, October 9 2012, [via www.slowjournalism.com/the-new-kings-of-the-sea](http://www.slowjournalism.com/the-new-kings-of-the-sea) (ziyaret tarihi: 20/04/17).

tanımının ortaya konulabilmesi için, “doğal olarak oluşmuş olmak”, “kara parçası olmak”, “sürekli med hattının üzerinde kalmak” ve “dört bir yanının suyla çevrili olması” şeklinde dört temel unsurun varlığı gerekmektedir. Bunlardan ilk ikisi, yapay ada tanımı için tersine kullanılabilir. İlk unsur, yâni doğal olarak oluşmuş olmak unsuru, şüphesiz ki, en temel ayırt edici unsur konumundadır. Bunun dışında, kara parçası olmak da, en azından belirli yapay adalar açısından ele alınabilecek bir unsur olarak nitelendirilebilir. Yâni, insan eliyle yapılmış oluşumlar ada olarak mütalâa edilemeyecektir.⁹ Esasen, *de jure* bir ayrıma gidilmemiş olmakla birlikte, doğası gereği ilk unsurun yapay adaların, ikinci unsurun ise, ağırlıklı olarak tesis ve yapıların yapay adalardan ayrılmasında temel teşkil ettiği öne sürülebilecektir. Bu bakış açısıyla konu ele alındığında, “yapay ada” denilince, geniş ve dar anlamların ortaya çıktığı bir ayrıma gidilebilecektir. Dar anlamda yapay ada, sadece yapay adaları ifade ederken, geniş anlamda yapay ada tesis ve yapıları da içine alabilmektedir. Bu çalışmada, aksi belirtilmedikçe, yapay ada denildiğinde geniş anlamıyla, yâni gerek yapay adalar, gerek tesis ve yapılar birlikte değerlendirilmiş olacaktır.

II- YAPAY ADA KAVRAMI ÇERÇEVESİNDEKİ DÜZENLEMELERİN İRDELENMESİ

Yapay adaların önemini kavrayabilmenin yolu onlara dair doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleştirilen düzenlemeleri ele almaktan geçmektedir. Ne yazık ki, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi bu konuda kapsamlı düzenlemeler içermemektedir. Hattâ, yapay ada tanımı, buna bağlı tesis ve yapı kavramlarının tanımları ve dolayısıyla ayırım unsurları dahi, daha öncede vurgulandığı üzere, ortaya konulmamıştır.¹⁰ Çizilen

⁹ Basit gibi görünen bu unsurun, ne yazık ki birçok durumda tespit edilmesi veya daha açık bir anlatımla bir oluşumun hangi durumlarda doğal olarak oluştuğu veya doğal olarak oluşmadığının belirlenmesi oldukça güçtür. Bu konuda verilebilecek örnekler için, meselâ bkz. KNIGHT G.H. & CHIU H., *The International Law of the Sea: Cases, Documents, and Readings*, Great Yarmouth, 1991, s. 64.

¹⁰ Bu durum eleştirilebilir olsa da, bazı yazarlarca bu tür bir tanıma gerek dahi görülmediği belirtilmektedir. Bkz. ELFERINK A.G.O., *Artificial Islands, Installations, and Structures*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolf- rum, 2010 paragraf 1 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 04/10/10). Yapay adalara dair geliştirilen tanımlar için bkz. ÇAMYAMAÇ, *supra* dipnot: 7. Ayrıca, yapay adaların sınıflandırılması bağlamında bkz. PAPADAKIS, 1977, s. 11-37.

tüm bu çerçeve dâhilinde, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesindeki oldukça sınırlı düzenlemelerin konusunu oluşturan hükümlerin en temeli Münhasır Ekonomik Bölgeye dair düzenlemelerin olduğu V. Bölüm ile Kıta Sahaneliğinin ele alındığı VI. Bölümün içerisine dâhil olan 60. ve 80. maddelerdir.¹¹ Özellikle konumuzla ilgili olarak, münhasır ekonomik bölgede ve kıta sahanlığının üzerinde yapay ada inşa hakkı ilgili kıyı devletine ait kılınmış, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı dâhilinde inşa edilen yapay adaların çevresinde azamî 500 metrelik güvenlik bölgeleri ilân edilebileceği, bu yapay adaların seyrüsefer başta olmak üzere diğer özgürlükleri etkilememeleri düzenlenmiştir. Bu bağlamda, güvenlik bölgeleri dışında yapay adaların çevresinde herhangi bir deniz yetki alanının ilân edilemeyeceği belirtilmelidir.¹² Öte yandan, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 87 çerçevesinde yer verilen açık deniz serbestileri çerçevesinde de yapay ada, tesis ve yapıların inşa edilmesine yer verildiği gözlenmektedir.

III- YAPAY ADA ÜZERİNDE BAĞIMSIZ DEVLET KURMA ÇABALARINA DAİR SOMUT ÖRNEKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu yönlü bir değerlendirme yaparken, meselâ kronolojik kriterin gözetilmesi gibi farklı kriterler çerçevesinde çeşitli sınıflandırmalara gidilebilir. Ne var ki, hemen hemen aynı döneme denk gelen bu proje ve girişimler için

¹¹ Yapay adalara ilişkin m. 60 ve m. 80 çerçevesinde değerlendirmeler için bkz. ÇAMYAMAÇ, *supra* dipnot: 7. Ayrıca, bkz. KARDOL R., Proposed Inhabited Artificial Islands in International Waters: International Law Analysis in Regards to Resource Use, Law of the Sea and Norms of Self-Determination and State Recognition, Thesis submitted to Amsterdam University, 1999, konu bölümü 3.2.1 via <http://seasteading.org/seasteading.org/localres/misc-articles/kardol1999.html> (son ziyaret tarihi: 25/10/09); SOHN L.B. & NOYES J.E., Cases and Materials on the Law of the Sea, New York, 2004, s. 581-584. Yapay adalara dair düzenlemelerin geçtiği diğer maddeler şunlardır: m. 11, m. 56/1(b), m. 79/4, 208, m. 214 ve m. 246/5(c). Tesislere ilişkin düzenlemeler ele alındığında, yapay adalarla ilgili ortak düzenlemeler bir yana, şu farklı maddelerin varlığı görülmektedir: m. 7/4, m. 21/1(b), m. 47/4, m. 94/7, m. 111/2, m. 145, m. 147/2, m. 153/5, m. 194/3 (c) & (d), m. 209/2, m. 249/1(a) & (g) ve m. 258 ilâ m. 262.

¹² III. Deniz Hukuku Konferansı öncesinde ve esnasında konunun doktrinde ele alındığı, bazı yazarlarca, bazı durumlarda yapay adalar çevresinde 12 deniz millik karasularının belirlenebileceğinin ifade edildiği belirtilmelidir. Bu konuya dair, meselâ bkz. PAPADAKIS, 1977, s. 104-106.

bu yönlü bir sınıflandırma etkili olamayabilecektir. Buna karşılık, daha sistematik ve karmaşadan uzak olduğu düşünülen coğrafi konum bağlamında bir sınıflandırma yaparak konunun değerlendirme altına alınması daha isabetli olacaktır.

1- Amerika Kıtası

Amerika Kıtası sâhilleri denilse de, görüleceği üzere, esas olarak Kuzey Amerika, hattâ daha spesifik olarak Amerika Birleşik Devletleri sâhilleri ele alınmaktadır. Bununla birlikte, Karayipler’de de bazı örneklerle rastlanmaktadır. 1960’larla birlikte kıyıya yakın fakat karasularının dışında yapay oluşumlar üzerinde, özellikle vergiden kurtulmak amacıyla bağımsız devletler kurma fikrinin başta ve öncelikle Florida ve Kaliforniya kıyılarında ciddi biçimde tartışılır olduğu gözlenmektedir.

a- Atlantis, Altın Kenti (Atlantis, Isle of Gold) ve Büyük Kapri Cumhuriyeti (Grand Capri Republic)

Bu iki bağımsız devlet projesi de Florida açıklarında konumlanan Triumph Resifi ile birlikte Pasifik Resifi, Ajax Resifi, Long Resifi ve isimsiz bir resifin de dâhil olduğu oluşumlar üzerinde kurulması düşünülen yapay adalarda gerçekleştirilmeye çalışılmış; hattâ bu niyetle birtakım faaliyetlere girişilmiş, ama aşağıda kısaca değinilecek bir dizi federal dâvanın sonucunda bu projeler terk edilmiştir.

İlgili resifler, Amerika Birleşik Devletleri’nin önemli eyaletlerinden Florida’nın güneydoğu kıyısından 10 deniz mili, Elliot Key’den ise 4.5 deniz mili açığa¹³ ve med hattında sular altında kalan oluşumlardır.¹⁴ Mahkeme tutanaklarından da görüldüğü üzere, bu resif alanları endemik türlerin yaşadığı çok önemli doğal alanlardır.

Bu resiflerdeki bağımsız devlet kurulmasına ilişkin geliştirilen projelere dair bağlantılı tarihî gelişimin aktarılmasında, kuşkusuz, yarar vardır. Bu resifleri, ilk olarak *William Timothy Thomas Anderson* 1962 yılında gelişt-

¹³ Bkz. STANG D.P., Wet Land: The Unaviable Resources of the Outer Continental Shelf, *Studies on Law & Economic Development*, vol. 2, 1967, s.167-168. *Stang*, ayrıca her bir resifin ayrıntılı koordinatlarını da vermiştir.

¹⁴ Diğer bir deyişle, bu oluşumlar cezir yükseltisidir. Bu itibarla da, uluslararası hukuk çerçevesinde, işgâle uygunlukları tartışmalıdır.

tirmek için işgâl ettiğini iddia etmiştir.¹⁵ Anderson'un bu resiflere dair ilk plânları bir balıkçılık kulübü, marina dalgıçlık kulübü, otel ve kumarhane inşasını içermektedir. Daha sonra kendisi, haklarını, Bahama merkezli *Atlantis Development Şirketine* satmış, adı geçen bu şirket ise resiflerin hukukî statüsünü sorgulamaya başlamıştır. Birleşik Devletlerin, gerek yerel, gerek federal düzlemde çeşitli birimlerine bu çerçevede başvuran Şirketin aldığı cevaplar ilginçtir. Öncelikle, gerek Florida Eyaleti, gerek Federal İçişleri Bakanlığı başvuruları, resiflerin, kendi yetki alanlarının dışında olduğu şeklinde cevaplandırmışlardır. Hattâ, İçişleri Bakanlığı, bu bağlamda, ilgilileri, Dışişleri Bakanlığına yönlendirmiştir.¹⁶ Bu bilgiler ışığında *Atlantis Development Şirketi*, 1963 yılında resiflerde araştırma, testler, deneyler ve dört prefabrik binanın inşası¹⁷ için 50.000 Amerikan Doları harcamış, fakat daha sonradan Florida Bölge Mühendisi, şirkete, 1953 tarihli “Dış Kıta Sahanlığı Toprakları Kanunu” (*Outer Continental Shelf Lands Act*) ve 1899 tarihli “Nehirler ve Limanlar Kanunu” (*Rivers and Harbours Act*) çerçevesinde Birleşik Devletler Ordusundan izin alınması gerektiğini belirten bir yazı göndermiş; bunun üzerine, Şirket, resifler üzerindeki kalan tek binayı sökerken, bu alanların Birleşik Devletlerin yetkisi dışında kaldığını iddia etmiş, buna karşılık karşı tarafı aksine ikna edememiştir.¹⁸ Bunun sonucunda da, Şirket, konuya ilişkin faaliyetlerini askıya almıştır.

Aynı dönemde *Acme General Contractors* adlı diğer bir şirket yine adı geçen bu resifleri hedef alarak faaliyete geçmiş; bu itibarla, şirketin başkanı konumundaki *Louis M. Ray*, Triumph ve diğer ilgili resifler üzerinde hak iddia etmeye başlamış, Florida Bölge Mühendisi ilgili resiflerde faaliyet gösterilebilmesi için izin alınması gerektiğini bildirmiş, şirketin başkanı Ray izin almak için gönderdiği mektupta seyrüseferi etkilemeksizin oluşturulacak bir yapay ada üzerinde bağımsız devlet kurmak da dâhil projelerini aktarmıştır. Birkaç ay içerisinde de, henüz başvurularına bir cevap dahi gelmemişken, sondaj ve inşaat faaliyetlerine başlanmıştır. Bu inşaat faaliyetleri çerçevesinde

¹⁵ Resiflerin 1878 tarihinden beri yayınlanan sâhil ve jeodezi araştırma haritalarında (çizelgelerinde) gösterildiğinin altı çizilmiştir. Bkz. STANG, s. 168, dipnot: 70.

¹⁶ İçişleri Bakanlığı bu yönlendirmeyi bu alanların karasuları dışında, dolayısıyla Birleşik Devletler'in yetkisi dışında ve açık denizlerde kaldığına işaret ederek yapmıştır.

¹⁷ Bu binalar sonradan resiflerde kurulmaları için resiflere gönderilmiş, biri hariç diğer üçü kasırgada uçup gitmiştir.

¹⁸ Konuya dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. STANG, s. 168-169.

ikisi Triumph ve biri Long Resifinde olmak üzere önce sondaj faaliyetleri gerçekleştirilmiş ve neticesinde 40 ilâ 50 fit çaplı küçük dairesel alanlar doldurup inşa edilmiştir.¹⁹ Bunun üzerine de, aşağıda da irdeleneceği üzere, Florida Bölge Savcısı ihtiyadî tedbir de dâhil faaliyetlerin sonlanması için dâva açmıştır.

b- Taluga ve Abalonia

Hemen hemen aynı dönemde, bu sefer Birleşik Devletleri'nin diğer kıyısında, batı kıyısındaki Kaliforniya Eyaleti açıklarında bulunan Cortez Seti üzerinde bağımsız devlet kurmak da dâhil projelerin geliştirildiği gözlenmektedir. San Diego'nun 110 mil batısında yer alan ve anakarayla arasında yer yer 1200 metre derinliğin olduğu ve oldukça zengin deniz kulağı ve istakoz kaynaklarının bulunduğu belirtilen Cortez Seti²⁰ üzerinde bu çerçevede iki önemli proje ortaya atılmıştır: Abalonia ve Taluga.

Abalonia'nın yatırımcıları II. Dünya Savaşından kalma S.S. *Jalisco* adlı savaş gemisini satın alarak Cortez Setine getirmiş, orada demirleyerek geminin su tahliye kapaklarını açmış ve gemiyi iki kulaç derinlikte batırmaya çalışmışlardır. Ne yazık ki, sert hava koşulları geminin arzulanan yerde batmasına engel olarak daha derin sularda batmasına neden olmuştur.²¹ Bu durumda, hem projenin yatırımcıları için ciddi bir malî kayıp teşkil etmiş, hem de seyrüsefer tehlikesi yarattığı için yatırımcıların haklarında dâva açılma tehlikesi doğmuştur. Bu proje, böylelikle sonlanmış ve devam ettirilmemiştir.

Taluga ise, yatırımcılarının Seattle merkezli olduğu bir projedir. Bu itibarla, 23 Kasım 1966 tarihinde "Sâhil ve Jeodezik Araştırmaları Los Angeles Bürosu"na ve bir başka federal ofise Taluga'nın nasıl inşa edileceğini açıklayan aralarında çizim, diagram, harita ve mühendislik verilerinin de olduğu 23 sayfalık bir rapor gönderilerek izin alınmaya çalışılmıştır.²² Bu rapor çerçevesinde, Meksika'dan mavnalarla taşınacak kayaların dikdörtgen biçimde ve duvar oluşturacak şekilde yığılacağı veya yerleştirileceği, bu dikdörtgen alan içerisinde kalan kesimin ise duvarın dışındaki okyanus tabanından elde edilecek kumların yığılmasıyla doldurulacağı ve sonunda 80 dönümlük elde edilen

¹⁹ Bkz. STANG, s. 169-171. Ayrıca, bkz. MENEFEER S.P., "Republics of the Reefs:" Nation-Building on the Continental Shelf and in the World's Oceans, *California Western International Law Journal*, vol. 25/1, 1994, s. 86.

²⁰ Bkz. STANG, s. 183-184; MENEFEER, s. 102.

²¹ Bkz. STANG, s. 184; MENEFEER, s. 102.

²² Bkz. STANG, s. 185. Ayrıca, bkz. MENEFEER, s. 103.

bu yapay adanın *Aurora* adıyla Taluga'nın başkenti olacağı ve bunun haricinde turizm merkezi teşkil edecek *Trianna*, serbest liman kenti teşkil edecek *Bona Ventura* ve rezidansların bulunacağı *Villa de Pace* adlı üç yapay adanın daha inşa edilerek köprülerle birbirine bağlanacağı öngörülmüştür.²³ Çevresinde 12 deniz millik karasuları talep edileceği bildirilen ve inşaatına müdahalenin deniz haydutluğu olarak nitelendirileceği açıklanan Taluga'ya ilişkin, Seattle'daki avukatlar, yerel basınla iletişime geçerek, raporda yer almayan yatırımın kişi başına düşecek miktarı, yeni devletin Birleşmiş Milletler üyeliğine başvurup vurmayacağı gibi hususları da duyurmaya başlamışlardır.²⁴ O dönemde toplam 13.000.000 Dolar maliyeti olacağı hesap edilen projenin başvurusu yetkili makamlarca reddedilmiş²⁵, Triump Resifinde yaşananlar da göz önüne alınarak, proje kendiliğinden sonlanmış ve bir daha gündeme gelmemiştir.

c- Yeni Atlantis (The New Atlantis)²⁶

Yine Amerika Kıtasında, fakat bu sefer Karayiplerde yer alan Jamaika yakınında, ünlü yazar *Ernest Hemingway*'in küçük kardeşi *Leicester Hemingway* ve eşi tarafından kurulmaya çalışılan Yeni Atlantis ilginç ve daha az bilinen bir örneği teşkil etmektedir. Jamaika'nın yaklaşık altı mil açığında

23 Bkz. STANG, s. 185-186. Ayrıca, bkz. MENEFEE, s. 103-104.

24 Bkz. STANG, s. 186. Ayrıca, bkz. MENEFEE, s. 104.

25 Bkz. STANG, s. 185-186. Ayrıca, bkz. MENEFEE, s. 103-104.

26 Bu bağımsız devlet girişimi, günümüzde Bulgar bir işadamı tarafından Pasifik Okyanusunda yüzer bir adada inşa edilen “Yeni Atlantis Prensiği” (*Principality of New Atlantis*) ile karıştırılmamalıdır. Pasifik Okyanusunda bir adada bağımsız devlet kuran Balanov, bu adayı önce Bulgaristan’a bağlamak istemiş, olumlu bir cevap alamayınca, projesini Avrupa Birliği’ne sunmaya çalışmıştır. Girişimlerinin hiçbirisinden olumlu sonuç alamayan Bulgar işadamı, bunun üzerine yukarıda da belirtildiği üzere “Yeni Atlantis Prensiği” adı altında bağımsız bir devlet kurmuştur. Buna karşılık, Güney Amerika’daki ve Avrupa Birliği’ndeki bazı devletlerle yine de bağlanma konusunda görüşmelere devam edildiği bildirilmektedir. Haberde yaklaşık 27.000 m²’lik alanı kaplayan ve bir çeşit volkanik kayaç ve onun ifrazatı olarak nitelendirilen “süngertaşı”ndan (*pumice*) oluştuğu bildirilen adaya dair, bu yeni devletin Anayasasının giriş kısmında, adanın “yüzen ada” (*floating island*) olduğu vurgulanmıştır. Bu bilgi de, “YJNT” adı verilen bu adanın yapay olduğunu düşündürmektedir. Bkz. “Bulgarian Businessman Establishes His Own Country on Island in Pacific Ocean”, *Novinite*, June 15 2015 via www.novinite.com/articles/169229/Bulgarian+Businessman+Establishes+His+Own+Country+on+Island+in+Pacific+Ocean#sthash.gvAYD6Aj.dpuf (ziyaret tarihi: 15/05/17). Bu yeni devletin Anayasası içinse bkz. “Constitution Principality of New Atlantis” via <http://newatlantis-principality.com/constitution-principality-of-new-atlantis/> (son ziyaret tarihi: 15/05/17).

8 x 30 fit ebatlarında²⁷ bir platform ve ona eşlik eden Ford motor blokundan oluşan bu proje, ne yazık ki bir fırtına sonucu yok olup gitmiştir.²⁸

Bu projeyi ilginç kılan, bazılarının bu tür projeler bakımından tanınmaya en yaklaşımları olarak ifade ettiği, dönemin Amerika Birleşik Devletleri başkanı *Lydon Johnson*'un 1964'te kendisi adına pul basılmasına teşekkür eden mektubunu Hemingway'a göndermesidir.²⁹ Öte yandan, Jamaika'nın ise, Leicester Hemingway'ın bu devlet kurma teşebbüsüne tepkisiz kaldığı gözlenmektedir.³⁰

Yeni Atlantis'e dair, bazı kaynaklarda bayrak veya millî marştan söz edilse de, tespit edilebilen kesin bilgiler söz konusu değildir.³¹ Bu bağımsızlık projesiyle ilgili önemli diğer bir husus, bu sözde devletin kurucusu konumundaki Leicester Hemingway'ın sadece onursal vatandaş olmasıdır ki³², bunun nedenin Hemingway'ın çifte vatandaşlığa izin vermeyen Birleşik Devletler vatandaşlığını kaybetmek istememesi olarak mütalâa edil-

²⁷ Çeşitli belge ve kaynaklarda ebatların birbirinden farklı olduğu, bunun da sebebinin *Hemingway*'ın platformu, özellikle de fırtınalarda bir arada tutmakta zorlanması olarak mütalâa edilmiştir.

²⁸ Bu bağımsız devlet projesine dair ayrıntılı bilgi için bkz. MENEFEE, s. 104-105; STRAUSS, s. 65-68. Bu yapay oluşumun kurulduğu alanın uluslararası sularda 1000 fit derinliğe sahip sığ bir okyanus seti olduğu aktarılmaktadır. Bkz. "Contents of a Country: Leicester Hemingway's Republic of New Atlantis", *Harry Ransom Center*, Austin, 2007 via <https://blog.hrc.utexas.edu/2007/07/01/contents-of-a-country-leicester-hemingways-republic-of-new-atlantis/> (son ziyaret tarihi: 06/05/17).

²⁹ Bkz. MENEFEE, s. 105; STRAUSS, s. 65. Öte yandan, *Strauss*, *Hemingway*'ın kendi sözleriyle prestijli Birleşmiş Milletler Uluslararası Divanından *de facto* tanıma aldığı iddia ettiğini vurgulayarak, bu kurumla kastedilenin büyük olasılıkla "*Uluslararası Adalet Divanı*" olduğunu, ama konuya ilişkin herhangi resmî bir kayda rastlanılmadığını, muhtemelen Hemingway'ın bazı iddialara karşı Divan'a başvuruda bulunduğunu ve bunun üzerine de birtakım yazışmaların gerçekleştiğini aktarmıştır. Bkz. STRAUSS, s. 66.

³⁰ Jamaika'nın Washington Büyükelçiliği sözcüsü 1964 yılında verdiği bir demeçte, *Hemingway*'i dürüst ve iyi niyetli, projelerini ise sağlam ve iyi olarak nitelendirmiştir. Jamaika'nın bu tepkisizliğinin, daha iyi bir anlatımla projeye karşı çıkmamasının olası nedenleri arasında Hemingway'ın yeni kurduğu bu devlette kumarı yasaklaması ve ilgili alandaki balık kaynaklarının korunması için para toplaması geldiği mütalâa edilmektedir. Bkz. "Contents of a Country: ...", *supra* dipnot: 28.

³¹ Bkz. STRAUSS, s. 66.

³² Bir kaynakta bu sözde devletin sadece sekiz vatandaşı olduğu aktarılmıştır. Bkz. HEGGEN R., *Floating Islands: An Activity Book*, New Mexico, 2015, s. 540 via www.unw.edu/~rheggen/FloatingIslands.pdf (ziyaret tarihi: 01/02/17).

miştir.³³ Buna karşılık, çifte vatandaşlığa izin veren İngiltere'nin vatandaşı konumundaki eşinin ise, ilgili sözde devletin, yâni Yeni Atlantis'in vatandaşı olduğu dikkate şayan bir durumdur.³⁴

Yeni Atlantis'in kaybindan sonra, Hemingway'ın 1973 yılında bu kez Bahama yakınlarındaki Noel Adasının (*Christmas Island*)³⁵ açıklarında³⁶ 100 x 100 yarda³⁷ ebatlarında bir platform üzerinde “Deniz Ülkesi” (*Tierra del Mar*) adlı bir başka bağımsız devlet projesini hayata geçirmeye çalıştığı ifade edilmektedir.³⁸ Ne yazık ki, Hemingway'ın bu son girişiminin geleceğine dair bir bilgiye ulaşılamamıştır.³⁹

2- Avrupa Kıtası

Avrupa sâhillerinde de, Amerika Kıtasında görüldüğü gibi benzer amaçlarla yapay ada, tesis veya yapıların üzerinde bağımsız devlet oluşturma girişimlerinin olduğu gözlenmektedir. Bunlardan en önemlisi, bugün dahi varlığını en azından bir dereceye kadar sürdürebilen *Sealand Prenslığı*dir.⁴⁰ Bunun haricinde, bir diğer önemli örnek İtalya'nın Adriyatik kıyılarına yakın bir alanda kurulan ve kısa sürede İtalyan devleti tarafından yıkılan *Le isole delle Rose*'dir.

³³ Bkz. STRAUSS, s. 67.

³⁴ Bkz. STRAUSS, s. 67-68. Bu çerçevede, *Strauss*, en azından Birleşik Devletler açısından, eş yoluyla kolaylıkla vergi kaçırılabilceği hususuna dikkat çekmektedir.

³⁵ Pasifikteki adasıyla karıştırılmamalıdır.

³⁶ İlgili platformun konumlandığı koordinatlar şu şekilde belirtilmiştir: 78° 44' Batı Boylamı; 25° 38' Kuzey Enlemi.

³⁷ 0.9144 metreye denk gelen İngiliz (Anglo-sakson) ölçü birimi. İngilizcesi “yard” şeklindedir.

³⁸ Bkz. STRAUSS, s. 68.

³⁹ Buna karşılık, Leicester Hemingway'ın Eylül 1982'de Miami'deki evinde intihar ettiği belirtilmektedir. Bkz. MITGANG H., Leicester Hemingway, Writer and Ernest's Brother, Is Suicide, *The New York Times*, September 15 1982 via www.nytimes.com/1982/09/15/obituaries/leicester-hemingway-writer-and-ernest-s-brother-is-suicide.html (ziyaret tarihi: 06/05/17).

⁴⁰ İngiltere açıklarında konumlanan II. Dünya Savaşında hava saldırılarına karşı savunma mekanizmalarından birini teşkil eden ve 1950'lerin başında terk edilen bu kulelerde bağımsız devlet kurma fikri sadece Sealand Prenslığını kuran *Bates*'e ait değildir. Sealand Prenslığı'nın bağımsızlık ilânından sonraki bir tarihte Minerva Cumhuriyeti projesinde yer alan *Oliver* ve *Schultz* da İngiliz Kanalına denk gelen bir alanda yer alan bu kulede bağımsız bir deniz şehri kurma projesini düşünmüşler; fakat sonrasında bu projeden vazgeçmişlerdir. Bkz. du BOIS P.C., Utopia on the Rocks or. the Short, Unhappy Life of the Republic of Minerva, *Barron's National Business & Financial Weekly*, vol. 53/13, March 26 1973, s. 24.

a- Sealand Prenslığı (Principality/Duchy of Sealand)⁴¹

İngiltere kıyılarında, Thames Halici açıklarında II. Dünya Savaşında İngiltere'nin korunması için İngiliz Hükûmeti tarafından o dönemde karasularının dışına denk gelen alanda inşa edilen tesislerden birisi⁴² üzerinde oluşturulmaya çalışılan Sealand Prenslığının hikâyesi oldukça ilginçtir. 1960'lı yıllarda Avrupa kıyılarını etkisi altına alan korsan radyo ve televizyon yayınlarının⁴³ İngiltere açısından sorumlularından⁴⁴ biri olan *Roy Bates* II. Dünya Savaşında Kraliyet Hava Kuvvetleri tarafından kullanılan ve 1950'lerin başında terk edilen kulelerden biri konumundaki *Knock John* üzerinden korsan radyo yayını yapmaktaydı. Fakat, ilgili kule kıyıdan üç deniz milinden daha yakın mesafede konumlandığından İngiliz karasuları dâhilindeydi ve İngiliz makamları Bates'i, bu sebeple, kuleden çıkartmış; Bates ise daha açıkta kıyıdan yedi deniz mili açığındaki *Roughs Tower*'a gitmiş, burada korsan radyo yayını yapmak yerine kuleyi ailesiyle birlikte işgâl etmiş ve 2 Eylül 1967 tarihinde Sealand Prenslığı adı altında bağımsızlık ilân etmiş, kendisine prens Roy, karısına da prenses Joan unvanlarını vermiştir.⁴⁵

⁴¹ 1970'lerdeki bazı eserlerde ve özellikle de Köln Mahkemesinde verilen kararda Sealand Dükâlığı olarak geçse de, resmî çerçevede genelde Sealand Prenslığı adının kullanıldığı gözlenmektedir. Metin içerisindeki açıklamalarda, hangi kaynak veya belgelere dayanılıyorsa, o kaynak ve belgelerde benimsenip kullanılan tabire yer vermek daha uygun görülmüştür.

⁴² II. Dünya Savaşında Almanya'ya karşı savunma amacıyla *Guy Maunsell* tarafından tasarlanan Kraliyet Hava Kuvvetlerine ait deniz üzerindeki bu kuleler esasen dört adet inşa edilmiştir. Bunların hepsi, karasularının dışında değildir. Bu dört kule haricinde de, yine aynı maksatla başka kulelerin de o dönemde inşa edildikleri bilinmektedir. Maunsell'in tasarımı *Roughs Tower* ve *Knock John* dışındaki diğer iki tesisin adı *Sunk Head* ve *Tongue Sands* olarak belirtilmektedir. Öte yandan, Maunsell'in tasarladıkları dışındaki tesisler ise şu şekilde sıralanabilir: *Nore*, *Red Sands* ve *Shivering Sands*. Bkz. MENEFEE, s. 106 dipnot: 137.

⁴³ Başta Hollânda ve İskandinav ülkeleri olmak üzere Kuzey ve Batı Avrupa'yı etkileyen korsan radyo ve televizyon yayınlarına dair bkz. HARRIS P., *When Pirates Ruled the Waves*, 6th edition, Glasgow, 2007; HUNNINGS P., *Pirate Broadcasting in European Waters*, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 14/2, 1965, s. 410-436. Bu durum Avrupa'ya endemik de değildir. Bu fenomen o dönemde Yeni Zelanda'da da görülmüştür. "*Radio Hauraki*", Yeni Zelanda açıklarında karasularının dışında demirlemiş "*Tiri*" adlı bir gemiden yayın yapmıştır. Bkz. STEWART S.M., *Unlicensed Broadcasting from Ships on the High Seas: A Challenge to Copyright Obligations*, *Bulletin of Copyright Society of the USA*, vol. 15, 1967, s. 117.

⁴⁴ Korsan radyo ve televizyon yayınlarından ciddi biçimde etkilenen devletlerden biri de İngiltere'dir.

⁴⁵ Bkz. EVELETH, *supra* dipnot: 8.

Sealand Prensliği kurulduğundan beri oldukça hareketli bir gündeme sahip olmuştur.⁴⁶ Bunlar arasında en dikkat çekenleri yaşanan küçük çaplı çatışmadır.⁴⁷ Bunun dışında, Savunma Bakanlığı, bir adım atarak Roughs Tower'den Bates'i çıkarmayı ve bir başkası tarafından tekrar işgal edilmeden sökmeyi plânlasa da başarılı olamamıştır.⁴⁸ Bir diğer çarpıcı hâdise ise⁴⁹, 1978 yılında yaşanan bir grup Alman ve Hollâandalı işadaminin KLM'ye ait bir helikopterle Sealand'ı basmasıdır ki, bu baskınla, Bates'in oğlu Michael kaçırılmış ve Sealand ele geçirilmiştir; buna karşılık, Bates, birkaç gün sonra bu kişileri Sealand'dan geri püskürtmüş, hattâ bu kişiler arasında daha önce-

⁴⁶ Sealand Prensliğinin ve onun çerçevesinde gelişen olayların günümüze kadar ayrıntılı bir dökümü için bkz. GRIMMELMANN J., Sealand, HavenCo, and the Rule of Law, *University of Illinois Law Review*, vol. 2012/2, 2012, s. 412-437. Ayrıca bkz. DENNIS T.A., The Principality of Sealand: Nation Building by Individuals, *Tulsa Journal of Comparative & International Law*, vol. 10/1, 2002, s. 262-271; ARENAS F.B., Cyberspace Jurisdiction and the Implications of Sealand, *Iowa Law Review*, vol. 88/6, 2003, s. 1167-1169; LYON A.H.E., The Principality of Sealand, and Its Case for Sovereign Recognition, *Emory International Law Review*, vol. 29/3, 2015, s. 638-643.

⁴⁷ İlk olarak *Radyo Caroline* çalışanlarıyla bu şekilde bir çatışmaya girilmiştir. Bunun dışında, Aralık 1967'de bir mayın tarama gemisine platformdan ateş açılmış, fakat herhangi bir zarar söz konusu olmadığından hukukî bir girişim başlatılmamıştır. 6 Mayıs 1968 tarihinde ise, Platformun yakınındaki bir şamandırada görev yapan İngiltere'deki fenerlerden sorumlu kurumun, yâni *Trinity House*'nin gemisi *Egeria*'ya Bates ateş açmış, karaya çıktığında ise mahkemeye çağırılmıştır. Ama en ciddi olay 1990 yılında İngiliz Kraliyet Donanmasının yardımcı gemilerinden *Golden Eye*'nin platformun yakınına gelmesi ve radyo çağrılarına cevap vermemesi iddiasıyla platformdan uyarı için ateş açılması olmuş, geminin mürettebatı saldırıya uğradıklarını sanarak Thames Nehri Sâhil Güvenliğine haber vermişlerdir. Bunun üzerine, bir polis soruşturması açılması ve kesin olmamakla birlikte bir dâvada açılmış olabileceği belirtilmektedir. Bunlar dışında da kesinliği kanıtlanmamış bazı saldırı ve silâhlı karşılıkların yaşandığı iddiaları da söz konusudur. Tüm bu yer verilenlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GRIMMELMANN, s. 422 ve 435.

⁴⁸ Bkz. GRIMMELMANN, s. 420-421. Bu çerçevede, Savunma Bakanlığının, platformun kendilerine ait olduğunu belirterek Bates'ten çıkmasını talep etmesi kararlaştırılmış, hattâ bunun için Bates'e küçük bir miktar ödeme yapılması öngörülmüştür. 5000 Pound önerilen Bates Bakanlıktan 90.000 Pound talep etmiş, dahası kendisini çıkartmaya gelen Bakanlık tarafından yollanan teknedekilere platformdan çıkmayacağını kibar ama kararlı bir biçimde aktarmıştır. Ötesinde bu iş için kullanılacak denizcilerin hazır tutulması haberlerinin basına yansması, olayı olabildikçe gizli şekilde hâletmeye çalışan hükûmeti zor durumda bırakmıştır. Sonrasında, hukukçular bu tür bir hareketin uygun olmayacağı şeklinde bir rapor hazırlamışlar ve bu plânlardan vazgeçilmiştir. Tüm bu anlatılanlara karşın, bazı kaynaklarda silâhların atıldığı ve küçük çapta bir çatışmanın yaşandığı şeklinde bilgiler de aktarılmaktadır. Bkz. EVELETH, *supra* dipnot: 8.

⁴⁹ Bu hâdiseye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. LYON, s. 642-643.

den Sealand vatandaşlığı kazanmış 34 yaşındaki Alman bir avukatı da rehin almıştır.⁵⁰ Bates, bir süre sonra oğlunu da kurtarmayı başarmıştır.

Bunun ötesinde, 2000’li yıllarda HavenCo⁵¹ adlı bir internet şirketiyle ortaklaşa Sealand ağ sağlayıcı merkezi hâline getirilmeye çalışılmış; bu çerçevede, amaçlanan, yüksek güvenli bir veri üssü toplama ve biriktirme üssü kurulması olmuştur.⁵² Ne yazık ki, fikir uyuşmazlığı sonucu bu işbirliği de sona ermiştir.⁵³

Sealand’ın şu anki prensi Michael, başka devletlerden herhangi bir tanıma talepleri olmadığını, 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinin 1. maddesinde yazan devlet olma kriterlerini yerine getirdiklerini belirtmektedir.⁵⁴ Zaman içerisinde Sealand’ın devlet olmasına dair hukukî görüşler de alan Sealand yönetiminin, kazancının büyük kısmını para, pul ve pasaport basmaktan, Sealand’a ilişkin çeşitli unvanlar vermekten, Internet merkezi olmaktan ve çeşitli hediyeliklerden elde ettiği bildirilmektedir. Buna karşılık, Sealand Prenslığının veya en azından onun adının kullanılarak uluslararası

⁵⁰ Prens Roy Sealand pasaportu da taşıyan Pütz’ü (avukat) kişiyi vatan hainliğiyle (*treason*) yargılamış ve 75.000 Alman Markı cezaya hükmetmiştir. Tüm bu yaşananların ardında kendisi de Sealand Pasaportu taşıyan ve Profesör ünvanı kullanan Achenbach gelmektedir. Geniş bilgi için bkz. GRIMMELMANN, s. 427-430. Ayrıca, bkz. DENNIS, s. 268-269.

⁵¹ HavenCo ile ilgili açıklamalar için bkz. ARENAS, s. 1194-1196; GRIMMELMANN, s. 445-449. Ayrıca, HavenCo’nun Sealand ile ilişkisi çerçevesinde bkz. DENNIS, s. 293-296; GRIMMELMANN, s. 445-457, özellikle s. 449-457.

⁵² Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. GRIMMELMANN, s. Ayrıca, bkz. KLIEGER P.C., *The Microstates of Europe: Designer Nations in a Post-Modern World*, Plymouth, 2014, s. 176.

⁵³ *Klieger* tarafından aktarıldığı üzere, HavenCo’nun kurucusu Lackey, Prens Michael’i şirketin CEO’su olarak atamış; Prens Michael ise, özellikle Sealand’ın egemenlik iddialarını desteklemek adına diğer hükümetlerle siber-terörizm konusunda işbirliği yapmaya kalkışmış ki, Prens’in bu tutumu HavenCo’nun özgürlükçü ilkeleriyle bağdaşmadığı için sürtüşme çıkmış; dahası HavenCo kurucusu Lackey Birleşik Devletler Mahkemesince alınan Sealand’ın varolmadığı (*nonentity*) yönündeki karardan haberdar olmadığını iddia ederek Sealand ile olan ilişkiyi sonlandırmıştır. Bkz. KLIEGER, s. 176.

⁵⁴ Bkz. EVELETH, *supra* dipnot: 8. 1933 tarihinde Uruguay’ın başkenti Montevideo’da imzalanan, günümüzde 16 devletin tarafı olduğu ve hâlen yürürlükte olan Montevideo Sözleşmesi her ne kadar bölgesel nitelikte bir sözleşme olsa da, yine önemli kılâvuz niteliği haizdir. 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesinin ilgili 1. maddesi şu şekildedir: “Bir uluslararası hukuk kişisi olarak devlet aşağıdaki şu niteliklere sahip olmalıdır: a) sürekli bir nüfus b) belirli bir ülke c) hükümet d) diğer devletlerle ilişkiye girebilme kapasitesi”. Montevideo Sözleşmesine dair genel bilgiler için bkz. HARRIS D.J., *Cases and Materials on International Law*, 7th edition, London, 2011, s. 92.

bir kaçakçılık zinciri oluşturulduğu iddiaları da vardır. Bu çerçevede, resmî Sealand sitesi olduğu belirtilen bir başka siteden yüksek meblağlarla pasaport, diploma ve vatandaşlıkla ilgili birtakım belgeler sağlanırken, birtakım sözde ticarî ortaklıklar yaratılması vaadiyle insanların dolandırıldığı bilgileri de haberlere düşmüştür. Öyle ki, Miami’de gerçekleşen Versace cinayetinin zanlısının Amerika Birleşik Devletleri’ne girerken kullandığı pasaportlardan birinin Sealand Prensliğine ait olduğu bildirilmektedir. İspanya merkezli olduğu ifade edilen bu organize suç örgütünün gerçekte Sealand Prensliğiyle alâkası olmadığı da dile getirilmektedir. Bununla birlikte, Sealand Prensliği’nin kendi pasaport dağıtımını 2001 yılındaki terör saldırısı sonrasında durdurduğu, fakat yeniden başlayacağı yönlü haberler de medyaya yansımıştır.⁵⁵

2006 yılında platformda yangın çıkmış ve platform ciddi bir biçimde hasar almıştır.⁵⁶ Yangın İngiltere’den gelen itfaiye araçlarının eşliğinde ve ekiplerince söndürülmüş ve platformda onu korumak için bulunan ve dumandan zehirlenen görevli de İngiltere’de hastaneye kaldırılmıştır.⁵⁷

Tüm bunlar dışında, Sealand’ın 2007 yılında “devir”i (*transfer*)⁵⁸ için bir İspanyol emlak şirketinden yardım alındığı ve bu devir için istenilen üç-

⁵⁵ Bkz. EVELETH, *supra* dipnot: 8. Öte yandan, Sealand tarafından yayınlanan pasaportlara dair değerlendirmeler için bkz. BOGGAN S., Money Laundering: Global Fraudsters Use Sea Fortress as Passport to Riches, *Independent*, September 22 1997 via www.independent.co.uk/news/money-laundering-global-fraudsters-use-sea-fortress-as-passport-to-riches-1240742.html (ziyaret tarihi: 22/02/17); “Storm Warning”, *The Guardian*, March 28 2000 (Tuesday) via www.theguardian.com/theguardian/2000/mar/28/features11.g2 (son ziyaret tarihi: 22/02/17).

⁵⁶ Bkz. GRIMMELMANN, s. 436; KLIEGER, s. 176.

⁵⁷ Bkz. GRIMMELMANN, s. 436.

⁵⁸ Sealand bir Prenslik olduğu için satış yerine *transfer* ibaresinin kullanıldığına işaret eden Klieger, Prens’in, Liechtenstein’in bu şekilde satın alınan topraklardan oluştuğunu bilmediğine işaret ederek eleştirmektedir. Uluslararası hukukta ülke kazanımının, en azından teorik olarak, beş temel şekilde gerçekleştiği bildirilmekte ve bunlar şu şekilde sıralanmaktadır: “işgâl” (*occupation*), “(kazandırıcı) zamanaşımı” (*(acquisitive) prescription*), “devir” (*cession*), “doğal oluşum sonucu ülke kazanma” (*accession/accretion*) ve “fetih” (*subjugation/conquest*). Bkz. JENNINGS R.Y., *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963, s. 6 vd. *Jennings*’in ortaya koyduğu beş temel ülke kazanım şekli “devir” Toluner tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır: “Bir devletin, belirli bir ülke parçası üzerinde haiz olduğu egemenlik hakkından, diğer bir devlet lehine olmak üzere, bir andlaşma ile vazgeçmesidir”. Devir işleminin iki taraflı bir hukukî işlem olduğunun altını çizen Toluner, bunun ancak bir antlaşma çerçevesinde gerçekleştirileceğini de vurgulamış ve ilâve olarak bu işlemin ivazlı veya ivazsız bir biçimde gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. bkz.

retin astronomik biçimde 65 ilâ 504 milyon İngiliz Poundu aralığında tespit edildiği bildirilmektedir.⁵⁹

b- Rose Adası Cumhuriyeti (Repubblica dell’Isola delle Rose)⁶⁰

Kurucusunun adını da taşıyan “*Güller Adası Cumhuriyeti*” İtalya’nın Adriyatik kıyısında, Rimini Kenti açıklarında, İtalyan karasularının hemen dışında⁶¹ dört betonlanmış çelik üzerine oturtulmuş 20 x 20 metre ölçütlerinde⁶² üst üste yerleştirilmiş iki platformdan⁶³ oluşmaktaydı. İtalya’dan bağımsız ve özellikle de malî kurallara tâbi olmadan yaşamak amacıyla o tarihlerde açık denize denk gelen alanın deniz yatağı üzerinde yükselen bu tesise bir dizi dükkân ve onlar arasına sıkıştırılan kafeterya, postane ve bir lokanta yerleştirilmiştir. Mühendis *Rosa* bu projenin amacını, platform üzerinde bir kumarhâne ve korsan radyo vericisi konumlandırılacağına dair basında çıkan haberlerin aksine, İtalyan’ın malî vergilerinden bağımsız çok ucuza gemilere petrol satmak olarak dile getirmiş ve özellikle de tatlı su bulmak istediklerini, bunun için deniz dibini sondajladıklarını ve nihayetinde 280 metre derinlikte bu tatlı suyu bulduklarını da ifade etmiştir.⁶⁴

TOLUNER S., Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi, Gözden Geçirilmiş 4. Bası’dan Tıpkı 5. Bası, İstanbul, 1996, s. 6-7. Ayrıca, ülke kazanımına dair Türk doktrinine dair bkz. DENK E., Egemenliği Tartışmalı Adalar: Karşılaştırmalı Bir Çalışma (Kardak Kayalıkları ve Spratly ve Senkaku/Diaouyu Adaları Örnekleri), Ankara, 1999, s. 19-49. Nitekim, Alaska, Amerika Birleşik Devletleri tarafından 1867’de Rusya’dan, Caroline Adaları 1899’da Almanlar tarafından İspanyollardan ve Danimarka Batı Karayipleri 1916’da yine Amerika Birleşik Devletleri tarafından Danimarkalılardan satın alınmıştır. Tarihten bu yönlü örnekleri çoğaltmak mümkündür. Klieger’in transfer ibaresinden kastının devir olduğu düşünülmelidir. Nitekim, *Smedal* 1930’lardaki yazdığı eserinde “transfer” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. SMEDAL, G., Acquisition of Sovereignty over Polar Areas, (translated by Meyer), Oslo, 1931, s. 11. Bu bağlamda, Sealand çerçevesinde, Sealand bir ülke olmadığı için uluslararası hukukun ülke kazanım türlerinden devir müessesinin ne kadar geçerli olacağı, kuşkusuz, tartışmalıdır.

⁵⁹ Bkz. KLIEGER, s. 177.

⁶⁰ Kabûl ettiği resmî dili çerçevesinde bu söz devletin resmî adı “*Insulo de la Rozoj*” şeklindedir.

⁶¹ Platform, sâhilden 11.6 km veya 7.2 mil açıktaki, İtalyan karasularının bitiminin 500 metre ötesinde konumlanmıştır.

⁶² *Georgio Rosa*’nın ilk plânlarında dokuz sütun üzerine oturtulmuş her biri 400 m² olan beş platform inşası öngörülmektedir. *Rosa*’nın, kendi adına patentini aldığı bu konuya dair bir buluşu da söz konusudur.

⁶³ *Rosa*, platformun kat sayısını yükseltmek için çalışmalar yapmıştır.

⁶⁴ Bkz. VACCAREZZA F., Rose Island: A Dream of Freedom, *Cinderella Philatelist*, January 2007, s. 42-47.

İtalya'dan bağımsız olduklarının da kanıtını teşkil edecek şekilde devletin resmî dili olarak Esperanto seçilmiştir. Ayrıca, devletin tanınması amacıyla Birleşmiş Milletlere başvurulması kararlaştırılmıştır. İlk sözde hükûmet toplantısını ise, platform üzerinde, *Rosa* ve diğer dört yatırımcı 1 Mayıs 1968 tarihinde gerçekleştirmiştir.⁶⁵ Bu toplantıda sözde bu devlette kurulacak bakanlıklar arasında turizm bakanlığı, uluslararası hukuktan sorumlu bir bakanlık ile iletişim ve posta hizmetlerine dair bakanlıkların yer alacağı kararlaştırılmıştır.⁶⁶ Konuştukları tüm hukukçuların faaliyetlerinin hukuka aykırı olmadığı konusunda hem fikir olduğunu belirten *Rosa*, hiçbir biçimde İtalyan ve uluslararası hukuk kurallarını ihlâl etmediklerinin altını çizdikten sonra, 25 Haziran 1968 tarihinde İtalyan Polisine ait bir teknenin platforma çıkışa izin vermediğini belirtmiştir. Birçok İtalyan makamına yazan ve yardım isteyen *Rosa*, girişimlerinde başarılı olamamış; nihayetinde, İtalyan Danıştay'ın verdiği karar çerçevesinde, 1969 Şubatının sonunda İtalyan deniz kuvvetleri *Güller Adasını* patlatarak imha etmiştir.⁶⁷

İtalya'nın *Güller Adasına* ilişkin bu kadar hızlı harekete geçmesi çeşitli spekülasyonları beraberinde getirmiştir. Bunlardan en çarpıcılarından biri, bu yapay adanın İtalya'nın en büyük askerî üslerinden biri olan Miramare'ye 200 km uzakta inşa edilmiş olması ve yıkıma muhtemel olarak bunun sebep olduğu şeklindedir.⁶⁸ Bunun dışında, *Güller Adasını*, o zamanın hükûmet ortağı parti MSN, yerel toprakların ihlâl edilmesi, İçişleri bakanı ise hayatî tehlike olarak nitelendirirken, İtalyan Ordusunun ise Sovyet denizaltılarını misafir edecek gizli bir üs olarak kabûl ettiği gözlenmektedir.⁶⁹ Bunlara karşılık, İtalyan Komünist Partisi milletvekili *Zangheri* ise, bu tesisin, Arnavutluk lideri Enver Hocayı (yâni Arnavutluk'u) istikrarsızlaştırmak amacıyla inşa edildiğini iddia etmiştir.⁷⁰

⁶⁵ Bkz. VACCAREZZA, s. 44.

⁶⁶ Bkz. VACCAREZZA, s. 45.

⁶⁷ 2007 yılında Rimini'deki bir dalış grubundan bir grup dalgıç *Güller Adasının* kalıntılarını keşfe çıkmışlar ve kısa sürede kalıntıların yerini tespit edebilmişlerdir.

⁶⁸ Bkz. via <http://fabien.galerio.org/esperantokashe.html> (son ziyaret tarihi: 01/05/17).

⁶⁹ Bkz. IMARISIO M., The Island of Utopia Reemerges, translated by A. Fassina, October 2009 via www.seasteading.org/2009/10/renewed-interest-isle-roses/ (ziyaret tarihi: 01/02/17). *Imarisio*'nun makalesinin orijinali için bkz. IMARISIO M., Riemerge l'isola dell'Utopia, *Corriere della Sera*, Agosto 28 2009 via http://www.corriere.it/cronache/09_agosto_28/isola_utopia_imarisio_64f311d6-9397-11de-8445-00144f02aabc.shtml (son ziyaret tarihi: 16/05/17).

⁷⁰ *ibid.*

3- Güney Pasifik

Özellikle deniz alanlarının daha ağırlıklı ve karanın daha az olduğu bir saha olan Güney Pasifik bölgesinde diğer devletlerden olabildiğince uzak bir alanda imkân doğunca bağımsız bir devlet kurma düşüncesi daha belirgin hâle gelmiştir. Güney Pasifik bölgesinin bu konuya dair bilinen en önemli örneği ise, *Minerva Cumhuriyeti*'dir.⁷¹

a- Minerva Cumhuriyeti (Republic of Minerva)

Pasifik Okyanusunun güneydoğusunda ise enteresan bir girişim Minerva Resifleri üzerinde kurulmaya çalışılan “Minerva Cumhuriyeti” olmaktadır. İlk olarak 1854 yılında⁷² tespit edilen Minerva Resifleri çok uzun bir süre Pasifik Okyanusunun ilgili alanında seyrüsefere tehlike teşkil eden oluşumlar olarak mütalâa edilmiştir.⁷³ Keşfedildiği zaman seyrüsefere engel ve tehlike teşkil ettiği düşünülen⁷⁴ bu resiflerin üzerinde, Amerikalı bir grup girişimci tarafından 1970'lerin başında bu resifleri doldurmak ve güçlendirmek suretiyle Minerva Cumhuriyeti adı altında bağımsız bir devlet oluşturulmaya çalışıldığı gözlenmektedir.

Minerva resifleri, iki ayrı gruptan oluşan ve belirtildiği gibi keşfedildikleri tarihten bu yana seyrüsefere tehlike teşkil ettiği mütalâa edilen cezir yükseltilerinden başka bir şey değildir. Bu çerçevede, cezir hattında, yâni suların en alçak olduğu zamanda sadece üç fit su üzerine çıkan bu kayalıklar, med hattında, yâni sular en yüksek seviyesindeyken su yüzeyinin yaklaşık dört fit

⁷¹ Bu konuya dair *Bryant-Tokatau* ayrıntılı bir değerlendirmede bulundurmıştır. Bu değerlendirme çerçevesinde, her ne kadar Minerva Cumhuriyeti dışındakiler bağımsız devlet oluşturmak amaçlı olmasa da, Pasifik Okyanusunun bu kesiminde yapay ada veya doldurma alanlar üzerine yerleşmenin oldukça sıklıkla rastlanılan bir uygulama olduğu gözlenmektedir. Bkz. BRYANT-TOKALAU J., Artificial and Recycled Islands in the Pacific: Myths and Mythology of “Plastic Fantastic”, *Journal of the Polynesian Society*, vol. 120/1, 2011, s. 76-83. Bunun dışında, üzerinde kurulduğu ifade edilen adanın yapay niteliği kesin olmamakla birlikte “Yeni Atlantis Prensliği” de akıllara gelmektedir. Bkz. *supra* dipnot: 26.

⁷² Bazı eserlerde Minerva Resiflerinin ilk keşif yılı olarak 1818 gösterilmektedir. Bu farklılığa *Menefee* de dikkat çekmektedir. Bkz. MENEFE, s. 95.

⁷³ RUHEN O., *Minerva Reefs*, Sydney, 1963, s. 1-11.

⁷⁴ Bu konuda meselâ bkz. BRODER S. & VAN DYKE J.M. & KIMURA F. & HIRAYASU N., Ocean Boundaries in the South Pacific, *University of Hawaii Law Review*, vol. 4/1, 1982, s. 27.

altında konumlanmaktadır.⁷⁵ Güney Pasifik'in en ücra köşelerinden birinde konumlanan Minerva Resiflerinin, Tonga'nın 260 mil güneybatısında, Fiji'nin ise yaklaşık olarak 380 mil güneydoğusunda yer aldığı belirtilmektedir.⁷⁶

Bazı kaynaklarda Nevada merkezli “Karayip-Pasifik Şirketi” (*Caribbean-Pacific Enterprises*)⁷⁷, bazı kaynaklarda merkezlerinin New York ve Londra'da konumlandığı iddia edilen “Okyanus Hayatı Araştırma Fonu” (*Ocean Life Research Foundation*)⁷⁸ tarafından gerçekleştirilmeye çalışılan bir proje olarak lanse edilen Minerva Cumhuriyeti adlı bağımsız devlet kurma projesinin temel aktörleri *Michael Oliver*⁷⁹ ve *Morris C. Davis*'dir, ki sonunda bu kişiler birlikte başladıkları bu proje açısından ciddî bir fikir ayrılığı düşmüştür.⁸⁰

⁷⁵ Bkz. du BOIS, 1973, s. 5. Belirtilmelidir ki, du Bois'in Minerva Resifine dair açıklamalarının daha kısa ve öz hâli konuya ilişkin bir sonraki yazısında da takip edilebilir. Bkz. du BOIS P.C., *Another Utopia?: Limited Government Arises from the Ashes in New Hebrides*, *Barron's National Business & Financial Weekly*, vol. 56/7, February 16 1976, s. 9 & 21-22 & 69-70.

⁷⁶ Bkz. du BOIS, 1973, s. 5. Ayrıca, bkz. STRAUSS, s. 115. *Bongartz* ise mesafeleri şu şekilde ortaya koymaktadır: Tonga ile 260 mil, Fiji ile 350 mil ve Auckland ile 915 mil. Bkz. BONGARTZ R., *How to Launch a Country*, *Saturday Review of the Society*, vol. 1/3, March 1973, s. 10. Buna karşılık, *Horn* bu verileri oldukça farklı ortaya koymuştur. Bu çerçevede, *Horn*'a göre, Minerva Resifleri Tonga'nın 315 mil güneybatısında, Fiji'nin ise 430 mil güneydoğusundadır. Bkz. HORN L.A., *To Be or Not to Be: The Republic of Minerva—Nation Founding by Individuals*, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 12/3, 1973, s. 521 dipnot: 5. *Broder* ve diğerlerinde de, Minerva Resiflerinin Tonga'nın en yakın adası Ata'ya 170 mil olduğu ifade edilmiştir. Bkz. BRODER *et al.*, s. 27. Mesafelere ilişkin rakamlar arasındaki bu tutarsızlığa *Menefee* de işaret etmiştir. Bkz. MENEFEE, s. 95 dipnot: 85.

⁷⁷ Bkz. BONGARTZ, s. 10; du BOIS, 1973, s. 5 vd.

⁷⁸ Bkz. AUBURN FM., *Some Legal Problems of the Commercial Exploitation of Manganese Nodules in the Pacific Ocean*, *Ocean Development & International Law*, vol. 1/2, 1973, s. 195; BRODER *et al.*, s. 27. Ayrıca, bkz. HORN, s. 520 vd.

⁷⁹ Esasen bu projenin en önemli isimlerinden biri olan Litvanya göçmeni bu Amerikan vatandaşının Minerva Cumhuriyeti bu konuya ilişkin tek projesini oluşturmamaktadır. Özgürlükçü ve bağımsız bir devlet kurmaya kararlı olan *Oliver* bu çerçevede birçok projenin fikir babası olmuş ve onları hayata geçirmek için çabalamıştır. *Michael Oliver*'in bu projeleri ve bunlara ilişkin faaliyet ve çabalarına dair bkz. STRAUSS, s. 113-123. Daha da önemlisi, başta Minerva Cumhuriyeti olmak üzere tüm bu projelerle oluşturulmak istenilen devlete dair düşüncelerini ve bu tür bir devletin anayasasına dair metni daha öncesinde bir kitapta toplamıştır. Bkz. OLIVER M., *A New Constitution for a New Country*, Carson City, 1968. Belirtildiği üzere, *Oliver* Minerva Cumhuriyetini bu kitaptaki anlayışa göre tasarlamaya çalışmıştır.

⁸⁰ Diğer aktörlere ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. BONGARTZ, s. 11; du BOIS, 1973, s. 5 vd.

Minerva Cumhuriyetinin hikâyesine gelince yatırımcılar arasında yer alan *Marks* ve *Weed* Fiji'den 54 metrelik bir tekne kiralayarak resiflere gitmiş ve orada iki adacık inşa etmiş⁸¹, yapıların üzerine de sözde Minerva Cumhuriyeti bayrağı⁸² çekip, plaket çakmışlar ve resifin egemenliğini talep etmişlerdir⁸³; bu haber telsiz ve telefon marifetiyle Kaliforniya'ya ulaştırıldığında, *Davis*, 100 devlete Minerva Cumhuriyeti'nin bağımsızlık bildirisini postalamıştır.⁸⁴ 1972 yılının Şubat'ında resifler üzerinde yatırımcılar adına fizibilite çalışması yapan Yeni Zelandalı bir danışmanlık şirketi resifler üzerinde oturulabilecek karanın oluşturulabilmesi için 15.000 Dolarlık bir maliyet olduğunu tespit etmiştir.⁸⁵ Minerva Cumhuriyeti için ortaya konulan plân ise, 8000 dönümü yerleşim alanına 2000 dönümü ticarî faaliyetlere ayrılmış toplam 10.000 dönümlük bir yapay ada projesidir.⁸⁶

Güney Pasifik'te Minerva resifleri çevresinde tüm bu yaşananlar, bölge devletlerini⁸⁷, özellikle de Tonga'yı rahatsız etmiş⁸⁸ ve Tonga Kralı *IV. Haufa'ahou Tupou* yatıyla ve yanına aldığı mahkûmlardan oluşan işgücüy-le birlikte Minerva Resiflerine giderek⁸⁹ Tonga adına resifleri ilhâk etmiş-

81 Bunlar yedi kat dikenli tele sarılı mercanların betonlanmasıyla elde edilmiş küçük yapay adacıklardır. Bunların da üzerlerine çakar ve yansıtıcıların yerleştirdiği aktarılmaktadır.

82 Bu bayrak koyu mavi zemin üzerine ortasına denk gelecek şekilde dore (altın sarısı) bir hal-ka ve onun içinde de yanan bir meşâle içermektedir. Bayrağın görseli için bkz. *infra* ekler. Bayrağın tasarımını gerçekleştiren *Davis*, mavinin okyanusu anlattığını, altının ise yaratmaya çalıştıkları ekonomik sistemi ortaya koyduğunu ifade etmiştir. Bkz. BONGARTZ, s. 11.

83 Bu çerçevede, *Menefee*'nin belirttiği üzere, yatırımcılar bu egemenlik talebinin resiflerin *terra nullius* olmasına ve buna bağlı etkin işgâle dayandırmaktadır. Bkz. MENEFEE, s. 97.

84 Bkz. BONGARTZ, s. 11; du BOIS, 1973, s. 5. Ayrıca, bkz. BRODER *et al.*, s. 27.

85 Bkz. du BOIS, 1973, s. 5. Ayrıca, bkz. BONGARTZ, s. 16.

86 Bkz. HORN, s. 523; MENEFEE, s. 96; STRAUSS, s. 116. Ayrıca, bkz. AUBURN, s. 196.

87 Bu çerçevede, konudan rahatsız olan komşu devletlerin, yâni Avusturalya, Yeni Zelanda, Tonga, Fiji, Nauru, Batı Samoa ve Cook Adasının katıldığı bir konferans düzenlenmiştir. Bkz. BONGARTZ, s. 11 ve 16; TRUMBULL R., Pacific Islanders Fight Reef Plan: Seek to Halt the Construction of Ministate on Artificial Isle, *The New York Times*, February 27 1972 via www.nytimes.com/1972/02/27/archives/pacific-islanders-fight-reef-plan-seek-to-halt-the-creation-of.html?_r=0 (son ziyaret tarihi: 23/04/17); VITÁNYI B., Legal Opinion about the International Status of the Principality of Sealand, Nijmegen, 1978 via www.principality-of-sealand.ch/archiv/vitanyi_legal_opinion.html (son ziyaret tarihi: 31/01/17). Ayrıca, bkz. RYAN J. & DUNFORD G. & SELLARS S., *Micro-Nations: The Lonely Planet Guide to Home-Made Nations*, London, 2006, s. 14.

88 Bkz. STRAUSS, s. 116.

89 Tongalı balıkçı Fifita 1966 yılında resiflere giderek Tonga bayrağı dikmiş ve resifleri Tonga ülkesine kattığını duyurduğu bilinmektedir. Minerva Cumhuriyeti girişimi üzerine, Tonga

tir.⁹⁰ Tonga'nın egemenlik iddiası⁹¹ üzerine yatırımcıların büyük çoğunluğu projeden vazgeçmişlerdir.⁹² Bununla beraber, Minerva Prensliği adı altında 2000'lerin ilk on yıllık diliminde internet üzerinden de takip edilebilecek birtakım girişimlere rastlanması⁹³, Minerva Resifleri üzerinde bağımsız bir devlet kurma projesinin, en azından bir süreliğine, yeniden canlandırıldığı izlenimi vermektedir.⁹⁴

IV- YAPAY ADALAR ÜZERİNE KURULMAYA ÇALIŞILAN DEVLETLERE İLİŞKİN HUKUKÎ DEĞERLENDİRMELER

Başta Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bu yönlü çabalar olmak üzere,

Kralının yukarıdaki ziyaretinden evvel de Tongalı yetkililerce en az iki kez (1972 Şubat ve Mayıs aylarında) daha resiflere gidildiği bildirilmektedir. Bkz. BRODER *et al.*, s. 27-28. Bunun dışında, Kral yatırıyla resiflere gitmeden evvel 15 Haziran 1972 tarihinde resmî bir kraliyet bildirisiyle Resifleri Teleki Tonga ve Teleki Tokelau adlarıyla yakınındaki kayalık ve sığlıklarla birlikte ve resiflerin etrafındaki 12 deniz mili genişliğe ulaşan su alanıyla birlikte Tonga ülkesine kattığını resmen duyurmuştur. Bu bildiriye dair bkz. JENKINS D., A True Record of the Minerva Reef Saga of 1972 and the Part Played by the Tongan Shipping Company Vessel Olovaha, via www.thequeenoftheisles.com/HTML/Republic%20of%20Minerva.html (ziyaret tarihi: 31/01/17).. Ayrıca, bkz. BRODER *et al.*, s. 28; FIFITA S., Enhancing Tonga's Maritime Security, Indo-Pacific Strategic Papers, March 2015, s. 6 via www.defence.gov.au/ADC/Publications/IndoPac/150327%20Fifita%20IPS%20Paper%20Enhancing%20Tonga's%20Maritime%20Security%20-%20final%20PDF%20amended.pdf (ziyaret tarihi: 31/01/17). *Fifita*, 1972 yılındaki Güney Pasifik Forumunda, özellikle Tonga'nın resiflerle tarihî ilişkisinin tanındığını, bununla beraber diğer egemenlik iddialarının dikkate alınmayacağını belirtildiğini aktarmaktadır. Kralın gezisinin ayrıntılı bir anlatımı için bkz. JENKINS, *ibid*.

⁹⁰ *du Bois*, Tonga Kralını neyin kızdırdığını belirlemenin zor olduğunu ifade etmiş (sanki ülkesinin hemen yakınında kurulacak bağımsız devlet yeterli bir neden değilmiş gibi *du Bois* bunu sorgulamaktadır) ve bazı Amerikalıların Tonga savunma tesislerinin çizimlerini yapmasının bunun en önemli nedeni olabileceğini dile getirmiştir. Bkz. *du BOIS*, 1973, s. 23.

⁹¹ Tonga kralı, Minerva Resifleri üzerinde Tonga'nın iddialarını ortaya koyarken, ilgili bu resiflerin Tongalı bir denizci tarafından 24 Kasım 1966 tarihinde gayrı-resmî olarak talep edildiğini (bkz. *supra* dipnot: 89), bu çerçevede adı geçen bu denizcinin resifleri ziyaret edip Tonga bayrağı bıraktığını dile getirmiş, ama Tonga lehine gerçekleşen bu gayrı-resmî ilhâkın Tonga'nın resmî iddiaları için hukukî bir temel teşkil edip etmediğinden emin olmadığını vurgulamıştır. Bkz. MENEFEE, s. 99.

⁹² Hemen belirtilmelidir ki, yatırımcıların bir kısmı Tonga Kralına Minerva Resifleri üzerindeki egemenlik iddiasından vazgeçmesi için bir uçak, düşük sinyalli bir TV istasyonu, gemi doku, nakit ve benzeri şekilde çeşitli hediyeler teklif etmişlerdir. Bkz. *du BOIS*, 1973, s. 23.

⁹³ Meselâ, bkz. http://www.crwflags.com/fotw/flags/to_min.html (son ziyaret tarihi: 30/04/17).

⁹⁴ Bkz. RYAN *et al.*, s. 14. Esasen *Ryan* ve diğerlerinin incelemesinde aktarıldığı üzere ilk deneme sonrasında Minerva Cumhuriyeti'ne ilişkin ikinci bir girişim 1982 yılında da gerçekleştirilmiştir. Bkz. *ibid*.

bu konudaki hemen hemen tüm faaliyetlere dair mahkeme kararlarına rastlanılmaktadır. Bunlarla birlikte, konuya ilişkin doktrinde de ciddi değerlendirmeler bulunmaktadır.

Bu konudaki dâvalar arasında Amerika Birleşik Devletleri'nin doğu kıyılarında gerçekleştirilmeye çalışılan “*Grand Capri Cumhuriyeti*” ile daha sonradan istinaf aşamasında müdâhil olan “*Atlantis, Altın Şehri*” projeleri çerçevesinde görülen federal dâvalar öncelikle değerlendirilmelidir.⁹⁵ İlgili projeler aktarılırken konuya dair bir tarihçe verilmiş olduğundan tekrara bir lüzum görülmemiştir. Burada, ilk dâva, Florida Bölge Savcısı tarafından 9 Nisan 1965 tarihinde *Acme Şirketi* ve onun başkanı konumundaki *Ray* aleyhine açılmış ve özellikle ilgili resiflerde çalışmanın ilerletilmemesi için ihtiyadî tedbir kararı alınması talep edilen dâvadır.⁹⁶ Dâva esnasında, öncelikle şirket başkanı *Ray*'in çelişen açıklamalarının kendisinin kredibilitatesini olumsuz etkilemesi⁹⁷ bir kenara, Bölge Mahkemesi, ilgili resiflerin, dış kıta sahanlığı yatağının ve toprakaltının bir parçası olarak, gerek Dış Kıta Sahanlığı Toprakları Kanunu, gerek 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi çerçevesinde Birleşik Devletler'in doğal kaynaklarını teşkil ettiğine hükmetmiş ve bu çerçevede, temelde, hâlihazırdaki ve sürece faaliyetlerin mercanlardaki hayatı olumsuz etkilediği ve etkileyeceği, hattâ o ana kadar gerçekleştirilen faaliyetlerin bu kırılğan alana tamir edilemeyecek düzeyde bir zarar verdiğinden bahisle ihtiyadî tedbir kararını vermiş, bu çalışmaların paha biçilmez doğal zenginliği bozduğuna ve bozmaya devam edeceğine işaret etmiştir. Bu

⁹⁵ İlgili bu dâvalardan istinaf aşamasına ilişkin olanı için bkz. “Federal Reporter”, 2nd series, s. 16-26 (63-70) via <http://nsgl.gso.uri.edu/lsu/lsue71001/lsue71001chap7.pdf> (ziyaret tarihi: 29/01/17). Bunun dışında, dâvalara dair genel açıklama ve değerlendirmeler için bkz. ECKHARDT S., Recent Cases, *San Diego Law Review*, vol. 6/3, 1969, s. 487-501; EVANS A.E., United States v. Ray, 161, *American Journal of International Law*, vol. 63/3, 1969, s. 642-644; “Recent Cases: Law of the Sea”, *Virginia Law Review*, vol. 55/5, 1969, s. 1005-1008. Ayrıca, bkz. DREW J.T., Continental Shelf Law: Outdistanced by Science and Technology, *Louisiana Law Review*, vol. 31/1, 1970, s.; MENEFEER, s. 85-95; STANG, s. 167 vd.; VITÁNYI, *supra* dipnot: 87.

⁹⁶ Bu ilk dâvada, resiflerle ilgili diğer şirket olan Bahama merkezli *Atlantis Şirketinin* müdâhil olma talebi ise, Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir.

⁹⁷ *Menefee*, *Ray*'in Mahkemedeki ifadesinde niyetinin sadece gemilere hizmet verecek bir yapı inşa etmek ve işletmek olduğunu belirttiğini, buna karşılık başvurusunda belirttiği neden 80 dönümlük bir ada kurmak istediğini ise Mahkemeye açıklayamadığını, bunun da inandırıcılığı konusunda soruna yol açtığını vurgulamıştır. Bkz. MENEFEER, s. 86. Ayrıca, bkz. STANG, s. 170.

vesileyle, Mahkemenin kararında şu hususlar ön plâna çıkmaktadır: Mahkeme ilgili konuda yetkilidir; Birleşik Devletler kıyısının bitişik dış kıta sahanlığının toprakaltı ve deniz yatağı Birleşik Devletler'e aittir, bu çerçevede de onun yetkisine, kontrolüne ve takdirine tâbidir; seyrüsefere müsait sularda seyrüseferin engellenmesinin önüne geçmek adına ordu sekreterinin yetkisi kıta sahanlığı üzerinde inşa edilen yapay ada ve tesislere genişletilmiştir ve son olarak tamiri imkânsız zarar ve yetkisiz gerçekleştirilen faaliyetlere ilişkin ihtiyadî tedbir kararı verilmiştir.⁹⁸ Bunun haricinde, Mahkeme, savcılığın talep ettiği izinsiz girişi ise, talep edilenlerin, ne hâkimiyet, ne de mülkiyet hakkına ilişkin olmasından ötürü, kabûl etmemiştir.

Bu kararla ilgili istinaf mahkemesinde ise, evveliyetle, bir önceki dâvada müdâhil olma talebi reddedilen *Atlantis Şirketinin* dâvaya müdahil olması, Mahkeme tarafından, şu nedenlerle kabûl edilmiştir: şirket resiflerin sahipliğine dair önceden hükûmeti bilgilendirmiştir; yine hükûmeti dâvalıların izinsiz girişinden haberdar etmiştir ve bunun sonucunda başarılı bir şekilde hükûmetin dâvalılar hakkında dâva açmasını sağlamıştır.⁹⁹ Bunun haricinde, mahkeme izinsiz geçiş hakkına dair alt mahkemenin kararını tersine çevirmiştir. Bunu da, 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesinde kıta sahanlığına dair hakların kıyı devleti açısından münhasır kılınmasına bağlayan Mahkeme, bu çerçevede Sözleşmenin eğer kıyı devletince kendisine münhasır kılınan kıta sahanlığının doğal kaynaklarının kullanım ve işletiminin gerçekleştirilmemesi durumunda, bunların hiç kimse tarafından talep edilemeyeceğini veya kıyı devletinin izni olmadan yararlanılamayacağını ifade etmiştir.

Doğu kıyısındaki projelerle ilgili olan dâvalarda verilen kararların da bir sonucu olarak Batı kıyısındaki bu konudaki faaliyetlerinin, yukarıda da belirtildiği üzere, ileri gitmediği ve proje sahiplerince sonlandırıldıkları gözlenmektedir.¹⁰⁰ *Stang*, özellikle Abalonia yöneticilerinin, projeyi devam ettirmek için Cortez Setine dönmedikleri sürece haklarında dâva açılmayacağına öğrenildiğini vurgulamayı da ihmal etmemiştir.¹⁰¹

⁹⁸ Bkz. STANG, s. 171.

⁹⁹ Bkz. MENEFEE, s. 88.

¹⁰⁰ Bu konuda *Stang*'ın ve ondan etkilenen *Menefee*'nin yorumları göz önünde tutulmalıdır. Bkz. STANG, s. 184 ve 186, ayrıca dipnot: 163; MENEFEE, s. 103-104.

¹⁰¹ Bkz. STANG, s. 184 dipnot: 163.

Rosa Adasına ilişkin olarak 1969 yılında *Chierici & Rosa v. Deniz Ticaret Filosu Bakanlığı & Rimini Liman İdaresi Dâvasında* İtalyan Danıştay'ı, dâvalının 1958 tarihli Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi bağlamında dayandığı açık denizlerin serbestliği ilkesine dair iddiasını reddederken, sadece bu hakkın bireylere değil devletlere verildiği temelinden hareket etmemiş, bu kararını aynı zamanda devletin kendi vatandaşının diğer tüm devletlerin açık denizleri serbestçe kullanmasının aleyhine olacak şekilde davranmasından koruması gereğine de dayandırmıştır.¹⁰²

Sealand Prensliğine dair dâvadan evvel o dönemde gerek Profesör *Leisner*, gerek Profesör *Bela Vitányi*'ye hazırlatılan raporlar¹⁰³ dikkatle değerlendirilmelidir. *Leisner* kendisine verilen bilgiler¹⁰⁴ ışığında değerlendirmelerini

¹⁰² Bkz. “Judicial Decisions: Artificial Islands in the High Seas”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 1, 1975, s. 265-268.

¹⁰³ Bu rapor için bkz. LEISNER W., Legal Expert Opinion on the Jus Gentium Situation of the Principality of Sealand, Erlangen, February 5 1975 via www.principality-of-sealand.ch/archiv/opinion_leisner_e.html (ziyaret tarihi: 25/04/17); VITÁNYI, *supra* dipnot: 87. Konuya dair bu hukukî görüşler haricinde son olarak *Jacobo Ruiz Rodriguez*'den Sealand Prensliğinin uluslararası hukuktaki yerine dair hukukî bir görüş daha alınmıştır. Bkz. RODRIGUEZ J.R., Principality of Sealand: An Unrecognized Micro-State?: Legal Opinion on Sealand Statehood, 2017 via www.sealandgov.org/sealand_notices/legal-opinion-on-sealand-statehood-by-jacobo-rios-rodriguez-senior-lecturer-in-public-law-at-university-of-perpignan-via-domitia/ (son ziyaret tarihi: 23/04/17). Sealand Prensliği tarafından talep edilen ve hukukçular tarafından bu talep üzerine hazırlanan raporlar bir kenara, Sealand Prensliğinin devlet olma özelliğini savunan bir diğer isim *Lyon*'dur. Bkz. LYON, s. 637-671, özellikle s. 356-371. *Lyon* kadar açık ve kesin olmasa da, Sealand Prensliğinin devlet olabilmesine ilişkin destekleyici birtakım açıklamaların *Dennis* tarafından da gerçekleştirildiği ifade edilebilir. Bkz. DENNIS, s. 261-296.

¹⁰⁴ *Leisner*'in kendisine verildiğini ifade ettiği bilgileri şu şekilde sıraladığı gözlenmektedir: Sealand'ı işgal edenlerden birinin Sealand'ın egemenliğinden bahisle İngiliz gemilerini tehdit etmesine dair açılan dâvada Kraliyet Mahkemesinin Sealand'ın İngiliz karasuları dışında kaldığını bildirmesi; Bonn'daki İngiliz elçiliğinin Sealand'ın ele geçirilmesini doğrulaması bir yana bu birimin İngiltere'den ayrı posta ve para sisteminin olması ve son olarak Londra, Paris ve Münih havaalanlarında resmî göç otoritelerinin Sealand pasaportlarına vize vermesi. Bu dayanak noktalarını Sealand Prensliğinin tanınması noktasında daha da derinleştiren *Leisner*, Sealand'ın bağımsız bir devlet olarak tanınmasının gerekli olmadığına işaret ederek, yine de şu hususları değerlendirme altına almıştır: Alman iç idarî yetkililerinin henüz tanınmamış bir devletin vatandaşının vatandaşlığını tanımaları veya vatandaşlık hususlarını değerlendirmeleri bir tanıma olarak mütalâa edilebilir. Buradaki tek sorun bu yetkililerin Alman Dışişleri Bakanlığına bağlı olmamasıdır. Buna ilâveten, İngiliz Mahkemesinin, Sealand'ın karasularının dışında olduğunu belirterek dâvaya bakmamasının da, dâvanın içeriği değerlendirildiğinde, bir tanıma olarak algılanması zordur. Aynı şekilde, vize verilmesi

yaptığının altını çizdikten sonra *jus gentium* bağlamında Sealand'ın bağımsız bir devlet olduğunu deklâre ederek, ulaştığı sonuçları ayrıntılandırmıştır. Buna göre, Leisner, bir birimin devlet olabilmesi için üç unsura ihtiyacı olduğunu belirterek, bunları şu şekilde sıralamıştır: ulusal ülke, ulus teşkil eden bir halk ve (egemen) devlet otoritesi. Leisner'e göre, ülke coğrafi bir terim değil, hukukî bir terimdir ve bu çerçevede, Prenslığın dünya yüzeyine hareket etmeyecek biçimde sabitlenmiş olması yeterlidir. Böylelikle, Prenslik, kesinlikle gemi niteliğinde değildir. Bu sabitlenmiş bağlantı onu devlet olarak nitelemekte belirleyici faktördür. Bunun ötesinde, devletler hukukunda ülkenin belirli bir büyüklükte olması zorunluluğu da yoktur. Ülke konusunda, Leisner, ilâve olarak, ülke, coğrafi veya doğal bilimsel bir terim teşkil etmediği için, yapay olarak inşa edilmiş olmasının da sorun teşkil etmeyeceğini bildirmektedir.¹⁰⁵ Yapay adaların ulusal ülke toprağı olarak kabûl edilip edilmeyecekleri hususunda bir kuşku varsa da, ileride bunların tartışılabilceği, zaten bu tür imkânların *de jure* ve *de facto* kısıtlı olduğunu dile getiren Leisner, Sealand'ın çok uzun zamandır ulusal ülke olarak varlığını sürdürdüğünün altını çizmiştir. Bunun ötesinde, vatandaşlar konusunda Leisner, devletler hukukunun minimum bir sayı öngörmediğine işaret etmiş, ayrıca çifte vatandaşlığın tüm dünyada kabûl edilen bir müessese olduğunu dile getirmiştir. Ötesinde, Sealand üzerinde kullanılan siyasî gücün belirli sistematik bir yoğunluğu olduğunun, başka bir güçten kaynaklanmadığının ve sürekli olarak icra edildiğinin altını çizmiştir. Bunun haricinde, Sealand'ın, her ne kadar zorunluluk kesbetmese bile, müzakere gücü olduğuna işaret eden Leisner, Prenslığın kendisini temsil eden bir organı haiz olduğuna işaret etmiştir. Tüm bunlara ilâve olarak, Sealand'ın bağımsız bir devlet olarak, ülkesini genişletme hakkına sahip olduğunu belirten Leisner, bunu da deniz yetki alanları çevresinde yapabileceğini ifade etmiş ve hattâ hâlihazırda Sealand'ın karasularına sahip olduğunu iddia etmiştir. Bu iddiasını da, yapay

ve pasaportların tanınması da, ilgili devletlerin Dışişleri Bakanlığı yetkililerince yapılmadığı için tanıma konusunu sorgulanır kılmaktadır. Öte yandan, Leisner, Bonn'daki İngiliz büyükelçiliğinin mektupları, eğer özel bir kişiye özel olarak yönlendirilmeksizin Prenslığın ilgili organlarına yönlendirilmişse açık ve kesin bir tanımayı içerdiğini belirtmektedir. Bununla beraber, Arenas, Leisner'in dayandığı bu mektupların, bilâkis varlığını sorguladığı gibi, İngiliz Dışişleri Bakanlığının Sealand'ı bağımsız bir devlet olarak tanımadığının da altını çizmektedir. Bkz. ARENAS, s. 1180-1181.

¹⁰⁵ Bu minvalde, *Leisner*, Venedik şehrinin kazıklar üzerine oturtulmasını örnek olarak zikretmiştir.

adaların hiçbir biçimde karasularına sahip olamayacakları tezinin hâkim teorilere¹⁰⁶ aykırı olduğunu ve Prensliğin teknik bir oluşum değil, bir devlet olmasından ötürü karasularına sahip olduğunu açıklamıştır. Leisner, bu şekilde küçük birimlerin de deniz yetki alanlarına sahip olmalarında herhangi bir beis olmadığına işaret ederek, devletler hukuku bakımından sadece açık denizin işgâl edilmesinin bir sonucu olarak var olan Sealand'ın, devlet olma niteliğinin bundan etkilenmeyeceğini, nihayetinde açık denizlerin işgâli olgusunun platformu diken devletin, yâni İngiltere'nin sorunu olduğunu iddia etmiştir.¹⁰⁷ Raporda dikkat çekici bir diğer husus ise, Leisner'in, devletler hukukuna göre, İngiltere'nin kıta sahanlığı haklarının Prensliğin varlığıyla çatışmadığını ileri sürmesidir; bunu da platformu inşa eden İngiltere'nin gerek platformu yıkmamasına, gerekse de Prensliği protesto etmemesine bağlamıştır. Bu durumda da, İngiltere kıta sahanlığı haklarından feragat etmiş sayılmaktadır. Raporda son olarak, Sealand'ın tanınmasının tehlikeli siyasî bir duruma yol açmayacağı, her ne kadar devletler hukukunda ülkesel bütünlük korunmuş olsa da, bunun devletlerin genişlememesi anlamına gelmediği vurgulanmıştır.

İkinci raporda, özellikle Sealand Dükalığının neden bağımsız bir devlet olduğunun hukukî gerekçeleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu itibarla, öncelikle, *Vitányi*, devlet unsurları bağlamında Sealand Prensliğinin varlığının, üstün başka bir otoriteden kaynaklanmadığına, Danışma Konseyinden yardım alarak yasama görevini üstlenen bir devlet başkanını, yürütme işlevini gören bir hükûmeti ve yargısal gücü kullanan yüksek mahkemeyi haiz olduğuna ve devlet organlarının gücüyle birlikte vatandaşlarının haklarının da

¹⁰⁶ *Leisner*, raporunun bir sonraki paragrafında hâkim teoriyi şu şekilde açıklamaktadır: Sürekli med hattının üzerinde olmaları, sürekli bir biçimde yaşanabilir bir yüzeyi haiz olmaları ve normal hava şartlarının altında görünebilir olmaları koşullarıyla yapay adaların çevrelerinde deniz alanları tanınmaktadır. Bu teorinin varolan sözleşmelerdeki düzenlemelere de aykırı olmadığını belirtmiştir. Leisner'in bu hâkim teoriye nereden ulaştığı spekülasyona açık olsa da, büyük olasılıkla 1951 tarihli *Johnson*'ın makalesi ve o makalede başta *Russell*'in kararı olmak üzere çeşitli karar ve tespitlere dayanmaktadır. Bkz. JOHNSON, s. 203-315, özellikle s. 205-206 ve 213-214. Tüm bunlar bir yana, Leisner'in, belirttiği bu teorinin mevcut sözleşmelere aykırılık taşıyor iddiası, bugünkü durum bir kenara (1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi hükümleri bağlamında böyle bir teori zaten kesinlikle kabul edilemez), 1958 tarihli Cenevre Sözleşmelerinden Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 10 ile Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m. 5'e de kesinlikle aykırıdır.

¹⁰⁷ *Leisner*'e göre, 30 yıl önce (o dönem için söz konusu olan yıl sayısı) inşa edilen bu platformun herhangi bir soruna neden olmaması gerekir.

kendi Anayasasına dayandığına dikkat çekmiştir. Sonrasında, Anayasanın, prens tarafından oluşturulduğuna işaret eden Vitányi, her türlü dış güçten bağımsız olarak tüm iç ve dış ilişkilerinde tam bir self-determinasyonu uygulamak suretiyle Anayasasını ve diğer kanunlarını ortaya koyduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak, Sealand'ın kendi ülkesinde yüksek ve münhasır gücü temsil eden, hem içte, hem dışta devlet gücünün normal işlevlerini kullanan örgütlenmiş bir kamu otoritesine sahip olduğunu ki, böylece herhangi bir yabancı gücün yetkisine tâbi olmadığını ve oluşturduğu ulusal hukuk düzeninin kendi ülkesinde en temel hukukî düzeni teşkil ettiğini aktarmıştır. Böylelikle, Vitányi, Sealand'ın doğrudan bir uluslararası hukuk kişisi olduğunu mütalâa etmiştir. Bu tespiti gerçekleştirdikten sonra, Vitányi Sealand'ın durumunu incelemiş; devletin ülke unsuru bakımından, daha açık belirtmek gerekirse açık denizde bir yapay ada üzerinde (tesiste) kurulmuş olma hususunu değerlendirmiştir. Bu çerçevede, Vitányi, genel olarak kıta sahanlığı ve özellikle de kıyı devletinin yetkilerini ele aldıktan sonra konuya dair örnekleri de değerlendirmiştir. Dahası, *Papadakis*'in, kendi egemen devletlerinden bağımsız varlıkları olmayan bireyler ve/veya şirketlerin, mevcut uluslararası hukuka göre açık denizler üzerinde yapay ada inşa etme yoluyla yeni egemen devletler oluşturamayacakları tespitine¹⁰⁸ yer vererek, bunun 1958 tarihli Sözleşmenin ruhuna ve özüne aykırı olduğunu iddia etmiştir. Özellikle, Sealand Prensliğini diğer yapay ada üzerinde bağımsız devlet kurma projelerinden ayıranın, Sealand'ın üzerinde kurulduğu tesisin İngiltere tarafından inşa edilmiş olmasıdır. Tüm bunlar sonrasında *Roughs Tower*'in hukukî statüsünü ele alarak, İngiltere'nin bu tesisi terk etmiş olduğunu belirterek uluslararası hukukta birtakım dâvaları da gündeme getirerek *Bates*'in başarılı bir biçimde platformun mülkiyetini ele geçirdiği sonucuna varmıştır. Bununla beraber, İngiliz otoritelerinin uzun süreli hareketsizliğinin bu platformun işgâlinin hukukîliğini kanıtladığını ifade etmiştir.¹⁰⁹ Öte yandan, son

¹⁰⁸ *Papadakis*'in bu tespiti için bkz. PAPADAKIS, 1977, s. 114 ve ayrıca s. 115.

¹⁰⁹ *Vitányi*, diğer örneklerin aksine, bir devlet tarafından kurulmuş olan bir platform düşüncesini öne çıkarırken, *Bates*'in bu tesisi başarılı bir şekilde işgâl ettiğini vurgulamaktadır. İlk bakışta, bu savunma mâkul gibi dururken, önemli bir noktanın atlanmaması gerekir. Ülke kazanım şekillerinden ve bu çerçevede de ele alınan örnek bağlamında işgâl müessesinden ancak devletler faydalanabilir. Yâni, bir ülkeyi, işgâle veya bir başka kazanım biçimiyle olsun sadece ve sadece devletler edinebilirler. Nitekim, meselâ *Smedal* de bu hususun altını özellikle çizmiştir. Bkz. SMEDAL, s. 24. Bu açıklamalar dâhilinde, bir birey ancak bir devlet tarafından yetkilendirildiğinde ve sadece yetkilendiren devlet adına işgâli gerçekleştirebilir. Bazı durumlarda bu

olarak, Vitányi, yeni devletin varlığının tanımaya bağlı olmadığına da işaret etmiştir.¹¹⁰

yetkilendirme sonradan da ilgili devlet tarafından sağlanabilir. *Vitányi*, işgâlin bireylerin kendi hesabına olmayacağına dair belirlemenin aksine örnekler olduğunu belirterek bunları sıralasa da (Liberya, Sarawak ve Jan Mayen), sıraladığı hiçbir örnek Sealand konjonktürüne uymamakta ve ayrıca, kişisel işgâle örnek teşkil etmemektedir. Kısaca belirtmek gerekirse, kanımızca, Sealand açısından bakıldığında, Bates bir devlet adına değil, kendi adına hareket etmiştir; bu çerçevede uluslararası hukuk bağlamında bir işgâlden söz edilmesi imkân dâhilinde görünmemektedir.

- ¹¹⁰ Bu konudan hareket eden diğer bir hukuk adamı *Rodriguez*'dir. Bu itibarla, Rodriguez, Sealand Prensliğinin egemen bir devlet olması için uluslararası toplumdaki diğer devletler tarafından tanınmasının gerekli olmadığını vurgulayarak, tanınmasının işleri kolaylaştıracağına işaret etmiş, fakat tanınmanın gerekli olmadığını ve takdire bağlı olduğunu dile getirmiştir. Açıklamalarının devamında, Rodriguez, bir kez daha devlet olabilmek için tanınmanın bir koşul olmadığını altını çizmiş ve devlet olabilmenin üç temel unsurunun var olması gerektiğini ifade ederek, kısaca bu unsurları Sealand açısından irdelemiştir. Uluslararası hukukta nüfusun asgarî ve azamî sınırları olmadığına işaret etmiş ve Sealand'ın az da olsa bir nüfusu olduğunu belirtmiştir. Benzer biçimde, hükûmet koşulunu da açıklayan Rodriguez, ülke unsurunu ise Sealand'ı devlet olma yolunda en zorlayıcı unsur olarak niteleyerek, iki temelde incelemiştir. Ülke kazanımı bağlamında işgâle dayanan hukukçu, ülke toprağının niteliğinde ise her ne kadar 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde yapay adaların sınırlandırıldığını ve Sealand'ın serbest rejim altındaki bir alanda insan eliyle yaratılan bir toprak olduğunu vurgulasa da, Sealand'ın 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinden yaklaşık 15 yıl öncesinde devlet olma talebiyle ortaya çıktığını ve o dönemde uluslararası sularda konumlandığını ve ülke yüzeyinin yüzer değil sabit bir forma sahip olduğunu ve bunun da bu şekilde olduğunu kanıtlamanın Sealand'a ait olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. RODRIGUEZ, *supra* dipnot: 103. Rodriguez'in Sealand'a ilişkin bu raporu değerlendirildiğinde, her şeyden evvel, ilk göze çarpanın, önceki haleflerinin raporlarından (*Leisner* ve *Vitányi*) farklı olarak, Sealand'ın devlet olması konusunda kesin bir yargıya varmaktan kaçınması olduğu gözlenmektedir. Bunun ötesinde, nüfusu sadece sayısal olarak ele almış, niteliksel olarak değerlendirmemiştir. Hükûmet unsurunu da, özellikle işleyiş değil ama işlevsel açıdan değerlendirmemiştir. Bunun haricinde, ülke konusunda ise, işgâle değinmiştir (işgâl konusunda açıklamalarımız için bkz. *supra* dipnot: 58 ve 109), dahası 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin yapay adaları ülkesel olarak değerlendirmedicine işaret ederek, Sealand'ın ise bu hükümlerin varlığından 15 yıl öncesinde harekete geçtiğini, dolayısıyla bunlardan etkilenmediğini iddia etmiştir. Açıkça, yazarın bu son görüşüne de katılmak zor görünmektedir. Yapay adalara ilişkin düzenlemeler belki 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi sistematğinde herhangi bir açıklıktan veya ayrıntılı düzenlemelerden yoksun gözükse de, hiçbir biçimde bu yönlü bir düzenleme olmadığını ileri sürmek doğru değildir. Meselâ, 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m. 5/4'te hem tesislerin, hem cihazların ada statüsünde olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Öte yandan, I. Deniz Hukuku Konferansı öncesindeki Uluslararası Hukuk Komisyonunun çalışmaları esnasında 1954 yılındaki altıncı toplantıda yapay adaların karasularına karşı çıkıldığı, fakat bu karşı çıkışın küçük yapay adalar ve *tesisler*le sınırlı olduğu da aktarılmaktadır. Bkz. SOONS, s. 18. Öte yandan, Rodriguez'in görüşüne paralel açıklamalar için bkz. LYON, s. 651.

Leisner'in ve mükemmel derecede ayrıntılandırılmış olan *Vitányi*'nin bu hukukî görüşlerinde, her ne kadar bu görüşler Sealand Prensliği lehine olsa da, kanımızca, bazı temel noktaların dikkate alınmadığı ve bunun ötesinde birçok durumda ileri sürülen savların birbiriyle çeliştiği mütalâa edilebilir.¹¹¹ Meselâ, *Vitányi*, kıta sahanlığının, devletin ülkesini teşkil etmediğini, daha-sı devlete kıta sahanlığı üzerinde verilenin işlevsel egemenlik olduğunu ve bunun sonucunda kıyı devletinin belirtilen haklar dışında kıta sahanlığında yapay ada inşa yetkisi olmadığını ve başka devletlerin yapay ada inşasına karışamayacağını ileri sürmüştür. Evet, kıta sahanlığı devlet ülkesine dâhil değildir, evet kıyı devletinin kıta sahanlığı üzerinde yapay ada inşa yetkisi kıta sahanlığı çerçevesinde tanınan haklarla sınırlıdır. Ama, bu durum, kıyı devletinin kıta sahanlığında, bir başka devlete yapay ada inşa yetkisi vermediği gibi, kıyı devletinin, kendi kıta sahanlığında başka devletlerce gerçekleştirilecek yapay ada inşasına karışmasına engel olmamaktadır. Tam tersi, o dönemde bile bu durum, 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m. 2/2'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, kıyı devleti haricinde, hiç kimsenin kıta sahanlığına ilişkin bir iddiada bulunamayacağı hükme bağlanmıştır.

Sealand Prensliğine veya Mahkeme kayıtlarında geçtiği şekliyle Sealand Dükaliğine dair Köln'deki İdare Mahkemesinde bir dâvanın olduğu daha önceden belirtilmişti.¹¹² Bu dâvada, Mahkeme, Sealand Dükaliğının, uluslararası hukuk bağlamında devlet olmadığını savlarken, özetle, şu hususları gündeme getirmiştir:

Mahkeme devlet olabilmenin üç temel unsuru olduğunu belirterek, bunları ülke, halk ve hükûmet şeklinde sıralamış ve Sealand Dükaliğının bu unsurlardan en az ikisini taşımadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, her şey-

¹¹¹ Bu konuda, *Arenas*, her iki hukuk adamının görüşlerini de ayrıntılı bir biçimde değerlendirmiş ve *haklı olarak* birçok noktada eleştirmiştir. Bkz. *ARENAS*, s. 1174-1181.

¹¹² Dâvanın içeriğini Sealand vatandaşlığını kazanan bir Alman'ın vatandaşlıktan çıkma talebinin reddine ilişkin uyuşmazlık teşkil etmektedir. Dâvacı, 20 Temmuz 1913 tarihli Alman Vatandaşlık Kanununun 25. Kısmı bağlamında Sealand vatandaşlığının kazanmasıyla birlikte Alman vatandaşlığını kaybettiğini iddia etmektedir. Dâvanın İngilizce resmî çeviri özetinin metni için bkz. "In re-Duchy of Sealand", May 3 1978 via www.uniset.ca/naty/80ILR683.htm (01/02/17). Ayrıca, bu dâvanın kısa bir irdelenmesine dair bkz. LEIGH M., In Re-Citizenship of X 1978, *American Journal of International Law*, vol. 77/1, 1983, s. 160-161. Belirtilmelidir ki, dâvaya bakan Köln İdare Mahkemesi dâvacının isteğini reddetmiştir. Bu çerçevede, Mahkemeye göre, dâvacı, Alman vatandaşlığını kaybetmemiştir, çünkü kişi yabancı bir devletin vatandaşlığını zaten kazanmamıştır.

den evvel, Sealand Dükâlığı uluslararası hukuk anlamında devlet ülkesine sahip olmadığından ilk unsuru dahi yerine getirememektedir.

Bu noktadan bahisle, Mahkeme, prensliğin, bir devlet ülkesinin olması gerektiği gibi, dünya yüzeyinin bir noktasında konumlanmamış olduğuna, aksine beton sütunlar üzerine kondukluğuna işaret etmiş; uluslararası hukuk yazınında, ülkenin, yeryüzünün belirli bir kısmını teşkil eden yere denildiğini vurgulamış ve bu çerçevede de, ülkenin, dünya yüzeyinin doğal bir yolla meydana gelmiş bir parçası olması gerektiğini ortaya koyarak, Sealand Dükâlığının, bu minvalde, insan yapımı bir platform üzerinde konumlanmış olarak bu koşulu yerini getirmediğine hükmetmiş; deniz tabanına sabitlenmiş beton sütunların yeryüzünün bir parçasını oluşturmadığını dile getirmiştir. Mahkeme, sadece dünya yüzeyinin belirli bir parçasını kullanan yapıların uluslararası hukuk anlamında devlet ülkesi olarak addedildiğini ifade etmiş ve bu çerçevede de, özellikle, Lâtince “territorium” kelimesindeki “terra” ifadesini ön plâna çıkartarak, bu ibarenin “toprak” (*earth*) anlamına işaret etmiş, bu çerçevede Sealand Dükâlığı için doğrudan onu, yâni toprağın üzerinde yer alma unsurunu kabûl etmiştir.¹¹³

¹¹³ Bu arada, Mahkemenin, dâvacının görüş aldığı Alman hukukçu *Leisner*’in görüşlerini de tartıştığı gözlenmektedir. *Leisner*’in Sealand’ın ülkesel durumunu savunmak adına yapay olarak bir zamanlar islâh edilmiş ama daha sonra deniz sularının altında kalmış alanların o hâline karşılık hâlen ülkenin bir parçasını teşkil etmesine dair bir örnek verdiğini belirten Mahkeme, her ne kadar bir zamanlar kıyıya bağlı olan daha sonradan sular altında kalan kısımların ülkenin bir parçasını teşkil etmeye devam etmesi gerçek olsa da, bu durumun Sealand’e uygulanamayacağını dile getirmiştir. Buna göre, Mahkeme, gerçekte ülkenin bir parçasını teşkil ederken sualtında kalmış o parçanın ülkenin bir parçası sayılabileceğini ifade ederken, Sealand örneğinde ise ülke toprağının gerçekte hiçbir parçasının yapay adıyla münasebet içerisinde olmadığını belirtmiştir. Aynı zamanda, Mahkemeye göre, *Leisner*’in, sular altında kalmış yüzey alanlarının ülkenin bir parçasını teşkil edeceği yönlü iddiasında, esasta, göz önüne alınmayan hususun deniz yatağı yüzeyinin ülkenin bir parçası olup olmadığından ziyade platformun ülkenin bir parçası hâline gelip gelmeyeceği olmalıdır. Yine *Leisner*’in ikna edici olmadığı diğer bir noktanın ise, ünlü hukuk adamı *Dahm*’ın ülkeyi tanımlarken “belirli örgütlenmiş yüzey alanı” olarak tanımlamasını da örnek göstererek devlet ülkesinin, esas olarak, bilimsel ve coğrafi terminolojinin değil, aksine ülke toprağına dair hukukî tanımın temel belirleyici olduğu şeklindeki iddiasıdır; oysa *Dahm* aynı eserin ilerleyen bölümlerinde herhangi bir devlet ülkesinin temelde kara ülkesinden oluşması gerektiğini iddia etmiştir. (*Dahm*’a yapılan atıflar şu eserden gerçekleştirilmiştir: *DAHME G., Völkerrecht, Bd. I, Stuttgart, 1958, s. 76 ve 617*) En son olarak, Köln İdare Mahkemesi, *Leisner*’in ülkenin denizden yapay olarak elde edilebilir olduğu iddiasını ise, sözde Sealand Dükâlığının devlet ülkesinin tayininde bir temel sağlamadığı şeklinde geri çevirmiştir. Bu çerçevede, Mahkeme, bentlerle, setlerle veya benzeri nitelikli yapılarla sâhilde veya kıyı sularında kara oluşturma Sealand yapay adası gibi adaların in-

İkinci olarak, Sealand Dükâlığı devletın halk unsurundan da yoksundur. Mahkeme, burada açık bir biçimde toplum yaşamının olmayışını vurgulayarak, devletın birçok bireyin karışmasından oluştuğunu ve en önemlisi de toplum yaşamını destekleme görevi olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede, Mahkemeye göre, ortak hobilerini ve çıkarlarını ilerletmek amacıyla oldukça gevşek biçimde oluşturulan bir birlik halk unsurunu desteklememektedir. Burada önemli olan ortak bir kaderi paylaşma amacıyla sürekli bir toplumsal yaşamın oluşturulmasında yatmaktadır. Dolayısıyla, Mahkemeye göre, Sealand Dükâlığının sözde vatandaşları, bu toplum yaşamını karşılamamaktadır. Özellikle, platformun savunulması ve bakımından sorumlu olan ve sürekli bir biçimde platformda kalan 30-40 kişi hariç diğer sözde vatandaşların varlığının arasına vuku bulan ziyaretlerle (*occasional visits*) sınırlı olması, dahası sadece 1300 m²'lik bir yaşam alanının bulunması ve her ne kadar bunun platforma yapılacak eklemelerle 13000 m²'ye çıkarılmasının plânlanmış olmasına rağmen, Mahkeme için halk unsurunun varlığı için yeterli görünmemiştir. Kararda, yaşam alanı tüm 106 sözde vatandaş barındırmaya yetmeyeceği gibi, hedeflenen büyümenin de buna yetmeyeceği, dahası bir devletin yaşamının kumarhaneler ve eğlence yerleriyle sınırlı olamayacağı belirtilmiştir. Bir devlet toplumu, bireyin doğumundan onun ölümüne kadar hayatî insanî tüm ihtiyaçlarının karşılanmasında çok daha belirleyici bir rol oynamaktadır ki, bu ihtiyaçlar arasında eğitim, meslekî eğitim, hayatın tüm getirdikleri karşısında yardımlaşma ve hattâ gerekirse maddî ihtiyaçların karşılanması yer almaktadır. Öte yandan, Mahkeme uluslararası hukukta halkı oluşturan maddî gereklilikler bir yana, Sealand vatandaşlarının kendilerinin de halk olarak sınıflandırılması için esaslı unsurlardan yoksunluğunu dile getirmiştir. Böylelikle, bu kişilerin vatandaşlıklarını birbirleriyle beraber yaşamak ve hayatlarının topluluk/kümülatif temelde sürdürmek için kazanmamış, Dükâlığın sınırları dışında, kendi bireysel çıkarlarının peşinden gitmeye devam etmişlerdir. Mahkeme bu söylemini daha da açarak, oluşturdukları bu birlikteliğin ortak amacının yaşamlarının oldukça küçük bir bölümüyle, yani ticarî ve vergi ilişkileriyle sınırlı olduğunun altını çizerek, ortak çıkarlarının seviyesinin, derecesinin uluslararası hukuk bağlamında bir halkın tanınması için yeterli olmadığını vurgulamıştır.

şasıyla mukayese edilemeyeceğini belirterek, bentlerin konumlandırılmasıyla mevcut devlet ülkesinin genişletilmesinin doğrudan mevcut devlet ülkesinin bitişiğinde toprak yüzeyinde elde edilen yeni parça o ülke toprağıyla aynı statüyü paylaşabilecekken, buna karşılık Sealand yapay adasının toprak yüzeyinde yeni bir kara parçası yaratmadığını mütalâa etmiştir.

Bu dâva haricinde 1990 yılının başında Amerika Birleşik Devletleri'nde de Sealand Prensliğinin statüsünü değerlendiren bir mahkeme kararının daha olduğu belirtilmektedir. Bu dâvada da, Mahkeme, Sealand Prensliğinin varolmadığına hükmetmiştir.¹¹⁴

Mahkeme kararları sonucunda durdurulan ve hattâ yıkılan, ortadan kaldırılanlar haricinde, bugün hâlihazırda bir şekilde ayakta duran Sealand Prensliğine dair bir değerlendirmenin yapılması, konu açısından, kuşkusuz, faydalı olacaktır ve gereklidir. Devlet olabilmek açısından, Montevideo Sözleşmesi'nin 1. maddesinde ortaya konulan dört özellikten¹¹⁵ ülke bir yeryüzü parçasına işaret etmektedir.¹¹⁶ Sealand ise, tıpkı Köln İdare Mahkemesinin belirttiği gibi, bir platform üzerinde kurulmuş olarak ülke özelliğini taşımamaktadır.¹¹⁷ Bunun ötesinde, diğer bir unsur olan halk bağlamında da, Sealand'ın ciddî eksikliği söz konusudur. Kuşkusuz, halkı oluşturan birey sayısı veya ırksal ve benzeri niteliklerde uluslararası hukukta bir koşul aranmazken, halkı oluşturacak yığının bir devlet teşkil edebilecek yeterlilikte olması¹¹⁸, ayrıca devlet olma amacıyla bir arada olmaları gerekmektedir. Oysa, yine Köln İdare Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, Sealand'ın halkı olduğu iddia edilen kişiler, en azından büyük bölümü, sadece belirli ekonomik çıkarları elde etme amacıyla bir araya gelmiş görünmektedir ki, bu da devletin halk unsurunu karşılamamaktadır. Bunun haricinde devletin üçüncü unsuru olarak siyasî otorite biçiminde de adlandırılabilir iç egemenlik durumunun varlığı de-

¹¹⁴ Bkz. KLIEGER, s. 176.

¹¹⁵ Montevideo Sözleşmesi 1. madde için bkz. *supra* dipnot: 54.

¹¹⁶ Devlet olabilmenin en temel ve vazgeçilmez unsurlarından biri olarak görülen ve coğrafi olarak yeryüzünün bir parçasını teşkil eden "ülke" kavramına dair uluslararası hukuk doktrininde oldukça ayrıntılı çalışmalar mevcuttur. Bunlar arasından bkz. GOTTMANN J., *The Significance of Territory*, Charlottesville, 1973; SHAW M.N., *Territory in International Law*, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 13, 1982, s. 61-91. Türk doktrinde ise bu konuda önde gelen eserler arasında bkz. BAŞGİL A.F., *Devletin Ülke Unsuru*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, vol. 13/4, 1947, s. 1261-1281; GÖZE A., *Devletin Ülke Unsuru (Sınırları ve Devletle Olan Münasebeti)*, İstanbul, 1959.

¹¹⁷ Aksine bir kabûl, meselâ bir apartman dairesinin ülke sayılması gibi absürd birtakım durumlara bile yol açabilecektir. Öte yandan, yeryüzünün bir parçasını teşkil etmek koşuluyla, ne kadar küçük olursa olsun, ülkenin varlığı yeterli sayılacaktır. Daha açık bir deyişle, uluslararası hukukta ülke toprağının genişliğine dair ne azamî, ne asgarî ölçütler aranmaktadır. Aksine görüş için bkz. LYON, s. 657-658.

¹¹⁸ Yâni, devlet fonksiyonlarını görebilecek yeterlilik ve sayıda nüfusun bulunması gereklidir. Savunma başta olmak üzere pek çok temel konuda insan kaynağından yoksun görülen Sealand'ın, dolayısıyla bu durumu sorgulanır niteliktedir.

ğerlendirildiğinde, bir nebze kadar bunun var olduğu, meselâ kendi Anayasasını ve kanunlarını yayınladığı, başında bir prensin olduğu bir yönetim biçiminin benimsendiği gözlenmektedir. Uluslararası hukuk çerçevesinde, halklar istediği yönetim biçimini tercih edebilir. Uluslararası hukukta bu konuda bir zorunluluk yoktur. Bununla beraber, devlet ülkesine hâkim olmalı¹¹⁹ ve temel görevlerini yerine getirebilmelidir. Ülke savunması veya bu örnek için daha doğru bir ifadeyle savunulamaması bir yana¹²⁰, yukarıda aktarılan olaylar arasında yer verildiği üzere, yangına müdahâle edilememesi, yurttışı olarak kabûl ettiği görevlinin o yangından etkilenmesinin ötesinde, bu kişiye yönelik basit bir sağlık bakımının dahi yerine getirilememesi devlet olmanın temel gereklilerini yerine getirmekten âciz olunduğunu göstermektedir. Dördüncü unsur olarak belirtilen diğer devletlerle ilişkiye girebilme kapasitesi ise, esasen egemenliğin uzantısından başka bir şey değildir.¹²¹ Devletler serbest iradeyle birbirleriyle iletişime geçer, işbirliğinde bulunurlar. Bu egemenliğin temel sonuçlarından biridir. Tanıma ise, her ne kadar uluslararası hukukta bir birimin *de jure* devlet olarak kabûlü için gerekli görülmesi de, uluslararası ilişkiye girebilmenin bir parçasını oluşturmaktadır. Sealand açısından durum değerlendirilecek olursa, İngiltere, Sealand'ın durumunu görmezden gelmekte, hattâ kâle almamaktadır.¹²² Kâle alınmamış olmak

¹¹⁹ Uluslararası hukuk açısından siyasî otoritenin ülke genelinde az çok yaygın olması yeterlidir. Bunun ötesinde, genelde, uluslararası hukuk siyasî otoritenin varlığıyla çok da ilgilenmemektedir. Burada, uluslararası hukuk açısından elzem olan, devletin, özellikle uluslararası hukuk bağlamında doğabilecek sorumluluklarına yerine getirebilmeye muktedir olmasıdır.

¹²⁰ Sealand açısından yaşanan olaylar değerlendirildiğinde, *doğal olarak*, oldukça kısıtlı bir savunma kapasitesi olduğu görülmektedir. Bu konuda meselâ *Garfinkel*'in anlatılarına bakılabilir. Bkz. GARFINKEL S., Welcome to Sealand. Now Bugger Off!, *The Wired*, January 07 2000 via www.wired.com/2000/07/haven-2/ (son ziyaret tarihi: 22/02/17).

¹²¹ *Pazarıcı* egemenlik kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: “Devletin, hukuksal açıdan başka bir dış ya da üstün iktidara bağlı olmadan ve yalnızca uluslararası hukuk kuralları ya da kendi kabul ettiği bağlantılarıyla sınırlanan, serbestçe karar verme yetkisi(dir)”. Bkz. PAZARCI H., *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 1999, s. 22.

¹²² 2000 yılında İngiliz İçişleri Bakanlığı sözcüsünün *BBC*'ye yaptığı açıklamada, Sealand'ı bir ulus olarak tanımak için herhangi bir sebep görmediklerini dile getirdikten sonra, bir başkasının da bu şekilde tanıdığına inanmak için bir nedenlerinin olmadığını ifade etmiştir. Bu açıklamaya ilişkin bkz. EVELETH, *supra* dipnot: 8. *Boggan* da İçişleri Bakanlığı sözcüsünün Roughs Tower'ın İngiltere'nin bir parçası olduğunu belirttiğini ve pasaportlarının ise sahte olduğunu ifade ettiğini aktarmıştır. Bkz. BOGGAN, *supra* dipnot: 55. Bilindiği üzere, İngiltere 1987 yılında karasuları genişliğini 12 deniz milini çıkartmıştır ki, Sealand'ın üzerinde yer aldığı Roughs Tower bu bağlamda İngiliz Karasuları dâhiline girmiştir.

egemenliğin kabûlü veya Sealand'ın tanınması olarak algılanamaz. Dahası, Alman büyükelçiliğinden bir yetkilinin kendilerini ziyaret etmesini yabancı ülkelerle ilişkiye girmiş olmak, hattâ Sealand'ı devlet olarak tanıma¹²³ şeklinde lanse etmekse oldukça güç görünmektedir.¹²⁴

Öte yandan, hakkında herhangi bir mahkeme kararı olmasa da, yaşanan birtakım gelişmeler sonrasında rafa kaldırılmış olan Minerva Cumhuriyeti projesinin durumunun da ayrıca kısaca değerlendirilmesinde yarar vardır. Hatırlanacağı üzere, Minerva Resifleri üzerindeki Minerva Cumhuriyeti adlı projenin, Tonga'nın ilhâkıyla son bulduğu belirtilmişti.¹²⁵ Burada dikkat edilmesi gereken, uluslararası doktrin tarafından da dillendirilen Minerva Resiflerin, cezir hattı yükseltisi olmalarından ötürü¹²⁶, işgâle konu olup ola-

¹²³ Uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirildiğinde, resmî olarak elçi atama veya kabûl etmenin, tanımanın, hem bir şeklini oluşturduğu, hem de kesin bir karine teşkil ettiği ve bunun da devlet uygulamalarıyla desteklendiği belirtilmektedir. Buna karşılık, resmî veya formal bir itimatname olmaksızın gönderilen temsilcinin tanıma anlamına gelmediği de açıkça belirtilmektedir. Bkz. LAUTERPACHT H., *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, s. 381-383. Frowein ise, zımnî tanımdan bahsederken, tanıyan devletin bu konudaki niyeti konusunda en ufak derecede şüpheye mahal verilmeyecek şekilde emin olunması gerektiğinin altını çizdikten sonra, bu konudaki en temel ve kesin örneği tam diplomatik ilişkinin kurulması olarak göstermiştir. Bkz. FROWEIN J.A., *Recognition*, *Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law*, vol. 10, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1987, s. 342. Zımnî tanıma dair yaygın bu görüşlere karşılık, Blix ise, bir hükûmetin bir devleti veya diğer bir hükûmeti diplomatik ilişki kurmadan da tanıyabileceğini belirttikten sonra, ilgili hükûmet veya devletle kurulan temas çoklu, hacimli ve önemliyse, diplomatik misyonlar oluşturmak suretiyle resmî temasın kurulmasının pratik ve hattâ vazgeçilemeyecek bir unsur olarak değerlendirilebileceğinin; oysa, devletlerin uygulamalarında bu çeşit bir temas kurulmuşsa, bunun tanımayı içermediği bir örneğine rastlanmadığının ve bu tür temasların evrensel olarak tanımayı kapsadığının altını çizmiştir. Bkz. BLIX H., *Contemporary Aspects of Recognition*, *Recueil des cours*, vol. 130, 1970-II, 1970, s. 600. Sealand örneğine dönülecek olursa, Alman elçiliğinden bir yetkilinin bir Alman vatandaşının durumunu görüşmek amacıyla platforma gitmesi kesinlikle tam bir diplomatik ilişki kurulmasına işaret etmediği gibi, Blix'in görüşünde kast edilen yoğunlukta bir teması teşkil etmediği de açıkça gözlenmektedir.

¹²⁴ Benzer şekilde, Sealand pasaportlarının başka devletlere girerken kullanılması da, ne devlet egemenliğini sergilemekte, ne de ilgili devletlerce tanımayı beraberinde getirmektedir.

¹²⁵ Daha öncede dikkat çekildiği üzere, her ne kadar gerek 1982 yılında, gerek 2000'lerin ilk on yıllık diliminde birtakım çabalar söz konusu olsa da, bunlar 1970'lerin başındaki gelişmeler kadar etkili değildir.

¹²⁶ Minerva Resiflerinin cezir yükseltisi olmalarına dair ayrıntılı bir hukukî değerlendirme için bkz. BRODER *et al.*, s. 29-37.

mayacakları¹²⁷, daha da önemlisi üzerlerinin doldurulması yoluyla onlara sahip olunarak deniz yetki alanları talep edebilmeyi imkânlı hâle getirip getirmeyeceği sorunsallarıdır.¹²⁸

SONUÇ

Serbest ve özgür yaşamın, özellikle de vergiden muaf yaşamın cazip geldiği 1960 ve 1970’li yıllarda, açık denizler üzerinde yapay ada kurarak/ inşa ederek bağımsız devletler oluşturma hayali çerçevesinde, özellikle, birçok zengin yatırımcının ilgisine mazhar olan projelerin geliştirilmiş olduğu gözlenmektedir.¹²⁹ Hattâ, öyle ki, bu projelerin önemli bir bölümünün hayata geçirildiği veya ciddî biçimde hayata geçirilme aşamasına gelindiği; fakat, buna karşılık, bu girişimlerin, kâh mahkeme kararlarıyla durdurulmuş ve yıktırılmış veya en azından bağımsız devlet olmadıkları ortaya konulmuş olduğu, kâh diğer devletlerin müdahâleleri veya doğal koşullarla ortadan kalmış oldukları görülmektedir.

Yukarıda gerçekleştirilen incelemelerden de açıkça gözlemlendiği üzere, hiçbir devlet kendi yakınında kurulacak bir bağımsız devlete cevaz vermeye-

¹²⁷ Bkz. AUBURN, s. 196.

¹²⁸ Teorik olarak Minerva Resiflerinin yaratabileceği sınırlandırma sorunlarına ilişkin, en azından belirli ölçüde, değerlendirmeler için bkz. FIFITA, s. 6; PRESCOTT J.R.V., Existing and Potential Maritime Claims in the Southwest Pacific Ocean, *Ocean Yearbook*, vol. 2, 1980, s. 343-344; PRESCOTT J.R.V. & BOYES G., Undelimited Maritime Boundaries in the Pacific Ocean Excluding the Asian Rim, *IBRU Maritime Briefing*, vol. 2/8, 2000, s. 26 ve 47. Nitekim, 2000’lerle birlikte Tonga ve Fiji arasında Minerva Resiflerinin soruna yol açtığı gözlenmektedir. Bkz. FIELD M., Fiji, Tonga War over Minerva Reef, *Stuff*, May 16 2011 via www.stuff.co.nz/world/south-pacific/5008060/Fiji-Tonga-war-over-Minerva-Reef (ziyaret tarihi: 31/01/17); GOPAL A., Give up Lau, *The Fiji Times*, July 03 2014 (Thursday), via www.fijitimes.com/story.aspx?id=273246 (ziyaret tarihi: 23/04/17).. Ayrıca, bkz. “Fiji, Tonga Dispute Ownership of Reef”, *Radio New Zealand*, November 1 2005 via <http://web.archive.org/web/20051103062959/http://pidp.eastwestcenter.org/pireport/2005/November/11-01-15.htm> (ziyaret tarihi: 31/01/17); “Who Owns Minerva Reef?”, *Matangi Tonga*, June 22 2011 via <http://matangitonga.to/2011/06/22/who-owns-minerva-reef> (ziyaret tarihi: 31/01/17); “Relations between Fiji and Tonga Are under the Spotlight This Week”, Presented by Rogers J., *ABC Radio Australia*, February 12 2012 via www.radioaustralia.net.au/international/radio/onairhighlights/fiji-and-tonga-play-down-minerva-reef-spat (son ziyaret tarihi: 23/04/17).

¹²⁹ İronik olan, bu projelerle ulaşılmaması hedeflenen daha serbest ve özgür yaşam bir kenara, ağırlıklı olarak vergilerden kaçmayı temel amaç edilen bu projelerin harcında da malî çıkar ve kaygıların olduğu, yatırımcıların bu projelerden veya daha doğru bir ifadeyle *yatırımlar*-dan ciddi bir gelir elde etmeyi hedefledikleri gözlenmektedir.

cek veya en azından kâle almayacaktır. Çünkü, bu durum, her şeyden önce, ilgili kıyı devletinin, her ne kadar karasularının açığında olsa da, güvenliğini ve bekâasını etkileyecek bir durumdur.

Açık denizler üzerinde yapay ada kurulması konusunda ise, özellikle 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin açık denizlere ilişkin düzenlemelerinde açık deniz serbestileri arasında yer verilen yapay ada, tesis veya yapı kurulmasına dair düzenlemeden hareketle böyle bir hakkın olabileceği iddiaları ise, kanımızca, gerçeği yansıtmamaktadır. Her şeyden evvel, Sözleşmenin muhatabı devletlerdir. Tabî ki, devlet denilen kurumun işleyişi bireyler eliyle olmaktadır, ama bu bireylerin kendi hesapları çerçevesinde mensubu oldukları devlet haricinde hareketlerini içermemektedir. Öte yandan, açık denizlerin hukukî rejiminin nüvesini, bu deniz alanlarının hiçbir biçimde bir başka devletin egemenliğine tâbi kılınamayacağı fikri oluşturmaktadır ki, bir an için açık denizlerde kurulan yapay adalar üzerindeki oluşumlara devlet statüsü tanındığı düşünülecek olursa, bu devletlerin etraflarında talep edecekleri karasuları ile bile bu nüveyi yerle bir edecekleri görülecektir. Öte yandan, açık denizlerdeki en temel serbesti, seyrüsefer serbestisidir ki, yapay adalar üzerinde kurulacak bağımsız devletlerin gerek kendilerinin kapladıkları alan gerek etraflarında kabûl edilebilecek olası bir karasuları kuşağının seyrüsefer serbestisini de olumsuz etkileyeceği iddia edilebilecektir. Dahası, bu şekilde Pandora'nın Kutusunun bir kez açılması durumunda işin içinden çıkılmaz bir hâl alacağı, sadece açık denizlerin ve ona ilişkin diğer tüm serbestilerin bundan olumsuz etkilenecekleri düşüncesi bir yana, sık aralıklarla kurulacak ve sonradan kısıtlanması oldukça zor olacak bu düzen sayesinde gerek mevcut devletler gerek bu yeni oluşumların (devletlerin) kendi aralarındaki başta deniz alanlarının sınırlandırılması konusu olmak üzere birçok alandaki sürtüşmeleri dünyanın mevcut düzenin de kaosa sebep olabileceği de iyice irdelenip sindirilmesi gereken bir iddia olacaktır.

Son olarak, bir kez daha vurgulanmalıdır ki, bu çalışmada incelenen bazı birimler açısından gözlemlendiği üzere, bu birimler (Yeni Atlantis, Sealand Prenslığı, Güller Adası Cumhuriyeti ve Minerva Cumhuriyeti) bünyesinde posta, pasaport ve para basma gibi birtakım faaliyetler yürütülmesi ve/veya bunların bazı birim ve resmî işaretleri kendileri adına benimseyip kullanmaları, bu birimleri, kuşkusuz, *de jure* devlet hâline getirmemektedir.

KAYNAKÇA

- ARENAS F.B., Cyberspace Jurisdiction and the Implications of Sealand, *Iowa Law Review*, vol. 88/6, 2003, s. 1165-1203.
- AUBURN F.M., Some Legal Problems of the Commercial Exploitation of Manganese Nodules in the Pacific Ocean, *Ocean Development & International Law*, vol. 1/2, 1973, s. 185-200.
- BAŞGİL A.F., Devletin Ülke Unsuru, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, vol. 13/4, 1947, s. 1261-1281.
- BLIX H., Contemporary Aspects of Recognition, *Recueil des cours*, vol. 130, 1970-II, 1970, s. 587-704.
- BONGARTZ R., How to Launch a Country, *Saturday Review of the Society*, vol. 1/3, March 1973, s. 10-11 ve 16.
- BOWETT D.W., The Second United Nations Conference on the Law of the Sea, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 9/3, 1960, s. 415-453.
- BRODER S. & VAN DYKE J.M. & KIMURA F. & HIRAYASU N., Ocean Boundaries in the South Pacific, *University of Hawaii Law Review*, vol. 4/1, 1982, s. 1-59.
- BROWN E.D., Delimitation of Maritime Frontiers: Radio Stations in the Thames Estuary, *Australian Yearbook of International Law*, 1966, s. 99-113.
- BRYANT-TOKALAU J., Artificial and Recycled Islands in the Pacific: Myths and Mythology of “Plastic Fantastic”, *Journal of the Polynesian Society*, vol. 120/1, 2011, s. 71-86.
- CONWAY M., The Case for Micronations and Artificial Islands, *The Futurist*, May-June 2009, s. 31.
- ÇAMYAMAÇ A., Yapay Adalar ve Uluslararası Deniz Hukuku, *İzmir Barosu Dergisi*, 2017 (yayın aşamasında)
- DEAN A.H., The Second Geneva Conference on the Law of the Sea: The Fight for Freedom of the Seas, *American Journal of International Law*, vol. 54/4, 1960, s. 751-789.
- DENK E., Egemenliği Tartışmalı Adalar: Karşılaştırmalı Bir Çalışma (Kardak Kayalıkları ve Spratly ve Senkaku/Diaouyu Adaları Örnekleri), Ankara, 1999.
- DENNIS T.A., The Principality of Sealand: Nation Building by Individuals, *Tulsa Journal of Comparative & International Law*, vol. 10/1, 2002, s. 261-296.

- DREW J.T., Continental Shelf Law: Outdistanced by Science and Technology, *Louisiana Law Review*, vol. 31/1, 1970, s. 108-120.
- du BOIS P.C., Utopia on the Rocks or. the Short, Unhappy Life of the Republic of Minerva, *Barron's National Business & Financial Weekly*, vol. 53/13, March 26 1973, s. 5 & 23-24.
- du BOIS P.C., Another Utopia?: Limited Government Arises from the Ashes in New Hebrides, *Barron's National Business & Financial Weekly*, vol. 56/7, February 16 1976, s. 9 & 21-22 & 69-70.
- ECKHARDT S., Recent Cases, *San Diego Law Review*, vol. 6/3, 1969, s. 487-501.
- ELFERINK A.G.O., Artificial Islands, Installations, and Structures, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 04/10/10).
- EVANS A.E., United States v. Ray.161, *American Journal of International Law*, vol. 63/3, 1969, s. 642-644.
- FATEH R.H., Is Seasteading the High Seas a Legal Possibility? Filling the Gaps in International Sovereignty Law and the Law of the Sea, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 46/4, 2013, s. 899-931.
- FIFITA S., Enhancing Tonga's Maritime Security, *Indo-Pacific Strategic Papers*, March 2015 via [www.defence.gov.au/ADC/Publications/Indo-Pac/150327%20Fifita%20IPS%20Paper%20Enhancing%20Tonga's%20Maritime%20Security\)%20-%20final%20PDF%20amended.pdf](http://www.defence.gov.au/ADC/Publications/Indo-Pac/150327%20Fifita%20IPS%20Paper%20Enhancing%20Tonga's%20Maritime%20Security)%20-%20final%20PDF%20amended.pdf) (ziyaret tarihi: 31/01/17).
- FITZPATRICK C., The Legal Issues of the Ocean Cities, June 11 1998 via http://2100.org/w_oceancitieslegal.html (ziyaret tarihi: bilinmiyor).
- FREY T., Own Your Own Islands Nations, *The Futurist*, May-June 2009, s. 31.
- FROWEIN J.A., Recognition, *Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law*, vol. 10, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1987, s. 340-348.
- GOTTMANN J., The Significance of Territory, Charlottesville, 1973.
- GÖZE A., Devletin Ülke Unsuru (Sınırları ve Devletle Olan Münasebeti), İstanbul, 1959.
- GRIMMELMANN J., Sealand, HavenCo, and the Rule of Law, *University of Illinois Law Review*, vol. 2012/2, 2012, s. 405-484.

- HARRIS D.J., Cases and Materials on International Law, 7th edition, London, 2011.
- HARRIS P., When Pirates Ruled the Waves, 6th edition, Glasgow, 2007.
- HEGGEN R., Floating Islands: An Activity Book, New Mexico, 2015 via www.unm.edu/~rheggen/FloatingIslands.pdf (ziyaret tarihi: 01/02/17).
- HEIJMANS A.M.J., Artificial Islands and the Law of Nations, *Netherlands International Law Review*, vol. 21/2, 1974, s. 139-161.
- HORN L.A., To Be or Not to Be: The Republic of Minerva—Nation Founding by Individuals, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 12/3, 1973, s. 520-556.
- HUDSON M.O., The First Conference for the Codification of International Law, *American Journal of International Law*, vol. 24/3, 1930, s. 447-460.
- HUNNINGS N.M., Pirate Broadcasting in European Waters, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 14/2, 1965, s. 410-436.
- JENNINGS R.Y., The Acquisition of Territory in International Law, Manchester, 1963.
- JOHNSON D.H.N., Artificial Islands, *International Law Quarterly*, vol. 4/2, 1951, s. 203-215.
- “Judicial Decisions: Artificial Islands in the High Seas”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 1, 1975, s. 265-268.
- KAJI-O’GRADY S. & RAISBECK P., Prototype Cities in the Sea, *Journal of Architecture*, vol. 10/4, 2005, s. 443-461.
- KEITH K.M., Floating Cities: A New Challenge for International Law, *Marine Policy*, vol. 1/3, 1977, s. 190-204.
- KLIEGER P.C., The Microstates of Europe: Designer Nations in a Post-Modern World, Plymouth, 2014.
- KNIGHT G.H. & CHIU H., The International Law of the Sea: Cases, Documents and Readings, Great Yarmouth, 1991.
- LAUTERPACHT H., Recognition in International Law, Cambridge, 1947.
- LEE J.H., Microtopias, *Journal of Futures Studies*, vol. 8/3, 2004, s. 11-24.
- LEIGH M., In Re-Citizenship of X 1978, *American Journal of International Law*, vol. 77/1, 1983, s. 160-161.

- LEISNER W., Legal Expert Opinion on the Jus Gentium Situation of the Principality of Sealand, Erlangen, February 5 1975 via www.principality-of-sealand.ch/archiv/opinion_leisner_e.html (ziyaret tarihi: 25/04/17).
- LYON A.H.E., The Principality of Sealand, and Its Case for Sovereign Recognition, *Emory International Law Review*, vol. 29/3, 2015, s. 637-671.
- MENEFEE S.P., “Republics of the Reefs:” Nation-Building on the Continental Shelf and in the World’s Oceans, *California Western International Law Journal*, vol. 25/1, 1994, s. 81-111.
- MILLER W.H., Artificial Islands Off the Southern California Coast, *Journal of Geography*, vol. 66/8, 1967, s. 428-435.
- OLIVER M., A New Constitution for a New Country, Carson City, 1968.
- ÖZMAN A., Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesneler, Ulusal Deniz Alanları, Ankara, 2006.
- PAPADAKIS N., Artificial Islands in International Law, *Maritime Studies & Management*, vol. 3/1, 1975, s. 33-39.
- PAPADAKIS N., The International Legal Regime of Artificial Islands, Leyden, 1977.
- PAWSON O., Implications of Floating Communities for International Law, *Marine Policy Reports*, vol. 1/1, 1989, s. 101-118.
- PAZARCI H., Uluslararası Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 1999.
- “Recent Cases: Law of the Sea”, *Virginia Law Review*, vol. 55/5, 1969, s. 1005-1008.
- PHYLACTOPOULOS A., Artificial Islands and Installations: A Call for International Legislative Action, *International Relations*, vol. 4/5, 1972, s. 427-436.
- PRESCOTT J.R.V., Existing and Potential Maritime Claims in the Southwest Pacific Ocean, *Ocean Yearbook*, vol. 2, 1980, s. 317-345.
- PRESCOTT J.R.V. & BOYES G., Undelimited Maritime Boundaries in the Pacific Ocean Excluding the Asian Rim, *IBRU Maritime Briefing*, vol. 2/8, 2000.
- RIPHAGEN W., International Legal Aspects of Artificial Islands, *International Relations*, vol. 4/4, 1972, s. 327-364.

- RODRIGUEZ J.R., Principality of Sealand: An Unrecognized Micro-State?: Legal Opinion on Sealand Statehood, 2017 via www.sealandgov.org/sealand_notices/legal-opinion-on-sealand-statehood-by-jacoborios-rodriguez-senior-lecturer-in-public-law-at-university-of-perpignan-via-domitia/ (son ziyaret tarihi: 23/04/17).
- RUHEN O., Minerva Reef, Sydney, 1963.
- RYAN J. & DUNFORD G. & SELLARS S., Micronations: The Lonely Planet Guide to Home-Made Nations, London, 2006.
- SANGER C., Ordering the Oceans: The Making of the Law of the Sea, Avon, 1987.
- SHAW M.N., Territory in International Law, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 13, 1982, s. 61-91.
- SMEDAL G., Acquisition of Sovereignty over Polar Areas, (translated by Meyer), Oslo, 1931.
- SOHN L.B. & NOYES J.E., Cases and Materials on the Law of the Sea, New York, 2004.
- SOONS A.H.A., Artificial Islands and Installations in International Law, *Occasional Paper*, no: 22, Rhode Island, July 1974.
- STANG D.P., Wet Land: The Unaviable Resources of the Outer Continental Shelf, *Studies on Law & Economic Development*, vol. 2, 1967, s. 153-189.
- STEWART S.M., Unlicensed Broadcasting from Ships on the High Seas: A Challenge to Copyright Obligations, *Bulletin of Copyright Society of the USA*, vol. 15, 1967, s. 108-118.
- STRAUSS E.S., How to Start Your Own Country, Boulder, 1999.
- TOLUNER S., Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi, Gözden Geçirilmiş 4. Bası'dan Tıpkı 5. Bası, İstanbul, 1996.
- VACCAREZZA F., Rose Island: A Dream of Freedom, *Cinderella Philatelist*, January 2007, s. 42-47.
- VITÁNYI B., Legal Opinion about the International Status of the Principality of Sealand, Nijmegen, 1978 via www.principality-of-sealand.ch/archive/vitanyi_legal_opinion.html (son ziyaret tarihi: 31/01/17).
- WAHICHE J.D., Artificial Structures and Traditional Uses of the Sea: The Field of Conflict, *Marine Policy*, vol. 7/1, 1983, s. 37-52.
- WALKER C.W., Jurisdictional Problems Created by Artificial Islands, *San Diego Law Review*, vol. 10/3, 1973, s. 638-663.
- WONHAM J., Ocean Cities: Environmental Aspects, *La houille blanche*, no: 8, 1995, s. 60-62.

Basılmamış Tezler

KARDOL R., Proposed Inhabited Artificial Islands in International Waters: International Law Analysis in Regards to Resource Use, Law of the Sea and Norms of Self-Determination and State Recognition, Thesis submitted to Amsterdam University, 1999 via <http://seasteading.org/seasteading.org/localres/misc-articles/kardol1999.html> (son ziyaret tarihi: 25/10/09). (İnternet üzerinden yayımlanmış Master Tezi).

NADESON A.C., An Analysis of the Geneva Conferences on the Law of the Sea and a Proposal on the Breadth of the Territorial Sea, American University, Michigan, 1968.

İnternet Kaynakları

BASKIR G., The Bates Family Is Trespassing: Here Is the Legal and Factual Proof!, *Roughs Sands Gazette*, December 02 2000 via <http://archive.li/HO50a#selection-1081.0-1793.94> (ziyaret tarihi: 05/05/17).

BOGGAN S., Money Laundering: Global Fraudsters Use Sea Fortress as Passport to Riches, *Independent*, September 22 1997 via www.independent.co.uk/news/money/laundrying-global-fraudsters-use-sea-fortress-as-passport-to-riches-1240742.html (ziyaret tarihi: 22/02/17).

“Bulgarian Businessman Establishes His Own Country on Island in Pacific Ocean”, *Novinite*, June 15 2015 via www.novinite.com/articles/169229/Bulgarian+Businessman+Establishes+His+Own+Country+on+Island+in+Pacific+Ocean#sthash.gvAYD6Aj.dpuf (ziyaret tarihi: 15/05/17).

“Contents of a Country: Leicester Hemingway’s Republic of New Atlantis”, *Harry Ransom Center*, Austin, 2007 via <https://blog.hrc.utexas.edu/2007/07/01/contents-of-a-country-leicester-hemingways-republic-of-new-atlantis/> (son ziyaret tarihi: 06/05/17).

EVELETH R., I Rule My Own Ocean Micronation, *BBC News*, April 15 2015 via www.bbc.com/future/story/20150414-i-rule-my-own-ocean-micronation (son ziyaret tarihi: 22/02/17).

FIELD M., Fiji, Tonga War Over Minerva Reef, *Stuff*, May 16 2011 via www.stuff.co.nz/world/south-pacific/5008060/Fiji-Tonga-war-over-Minerva-Reef (ziyaret tarihi: 31/01/17).

- “Fiji, Tonga Dispute Ownership of Reef”, *Radio New Zealand*, November 1 2005 via <http://web.archive.org/web/20051103062959/http://pidp.eastwestcenter.org/pireport/2005/November/11-01-15.htm> (ziyaret tarihi: 31/01/17).
- FRANKHAM J., Empire of the Sea, *New Zealand Geographic*, no: 133, May-June 2015, via www.nzgeo.com/stories/empire-of-the-sea/ (ziyaret tarihi: 23/04/17).
- GARFINKEL S., Welcome to Sealand. Now Bugger Off!, *The Wired*, January 07 2000 via www.wired.com/2000/07/haven-2/ (son ziyaret tarihi: 22/02/17).
- GOPAL A., Give up Lau, *The Fiji Times*, July 03 2014 (Thursday), via www.fijitimes.com/story.aspx?id=273246 (ziyaret tarihi: 23/04/17).
- HODGKINSON T., Notes from a Small Island: Is Sealand an Independent ‘Micronation’ or an Illegal Fortress?, *Independent*, May 17 2013 via www.independent.co.uk/news/uk/this-britain/notes-from-a-small-island-is-sealand-an-independent-micronation-or-an-illegal-fortress-8617991.html (son ziyaret tarihi: 22/02/17).
- IMARISIO M., The Island of Utopia Reemerges, translated by A. Fassina, October 2009 via www.seasteading.org/2009/10/renewed-interest-isle-roses/ (ziyaret tarihi: 01/02/17).¹³⁰
- JENKINS D., A True Record of the Minerva Reef Saga of 1972 and the Part Played by the Tongan Shipping Company Vessel Olovaha, via www.thequeenoftheisles.com/HTML/Republic%20of%20Minerva.html (ziyaret tarihi: 31/01/17).
- KAVA S.L., Who Owns Minerva Reef?, *Matangi Tonga*, June 22 2011 via <http://matangitonga.to/2011/06/22/who-owns-minerva-reef> (ziyaret tarihi: 31/01/17).
- MILLER M. & BOUDREAUX R., A Nation for Friend and Faux, *Los Angeles Times*, June 07 2000 via <http://articles.latimes.com/print/2000/jun/07/news/mn-38378> (ziyaret tarihi: 05/05/17).
- MITGANG H., Leicester Hemingway, Writer and Ernest’s Brother, Is Suicide, *The New York Times*, September 15 1982 via www.nytimes.com/1982/09/15/obituaries/leicester-hemingway-writer-and-ernest-s-brother-is-suicide.html (ziyaret tarihi: 06/05/17).

¹³⁰ Makalenin orijinali için bkz. IMARISIO M., Riemerge l’isola dell’Utopia, *Corriere della Sera*, Agosto 28 2009 via http://www.corriere.it/cronache/09_agosto_28/isola_utopia_imarisio_64f311d6-9397-11de-8445-00144f02aabc.shtml (son ziyaret tarihi: 16/05/17).

ORCHARD R., The New Kings of the Sea, ***Slow Journalism***, October 9 2012, via www.slow-journalism.com/the-new-kings-of-the-sea (ziyaret tarihi: 20/04/17).

“Relations between Fiji and Tonga Are under the Spotlight This Week”, Presented by Rogers J., ***ABC Radio Australia***, February 12 2012 via www.radioaustralia.net.au/international/radio/onairhighlights/fiji-and-tonga-play-down-minerva-reef-spat (son ziyaret tarihi: 23/04/17).

SMITH A., World’s Smallest ‘Nation’ Sealand Grapples with Princess’ Death, ***NBC News***, March 19 2016 via www.nbcnews.com/news/world/world-s-smallest-nation-sealand-grapples-princess-death-n540621 (son ziyaret tarihi: 22/02/17).

“Storm Warning”, ***The Guardian***, March 28 2000 (Tuesday) via www.theguardian.com/theguardian/2000/mar/28/features11.g2 (son ziyaret tarihi: 22/02/17).

“South China Sea Ruling Puts Minerva Reef under Scrutiny”, ***Radio New Zealand***, July 27 2016, via www.radionz.co.nz/international/pacific-news/309524/south-china-sea-ruling-puts-minerva-reef-under-scrutiny (ziyaret tarihi: 23/04/17).

“The Island That Wasn’t There”, August 17 2015 via <http://bizarrobazar.com/en/tag/isola> (ziyaret tarihi: 07/11/15).

TINGLE R., World’s Smallest Self-Proclaimed Nation-An Old WWII Fort the Size of Two Tennis Courts-Gets “Thousands’ of Citizens”, ***Daily Mail Online***, January 14 2017 via <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3979904/World-s-smallest-self-proclaimed-nation-old-WWII-fort-size-two-tennis-courts-gets-thousands-citizenship-requests-following-votes-Brexit-Donald-Trump.html> (ziyaret tarihi: 22/02/17).

TRUMBULL R., Pacific Islanders Fight Reef Plan: Seek to Halt the Construction of Ministate on Artificial Isle, ***The New York Times***, February 27 1972 via www.nytimes.com/1972/02/27/archives/pacific-islanders-fight-reef-plan-seek-to-halt-the-creation-of.html?_r=0 (son ziyaret tarihi: 23/04/17).

WARD M., Offshore and Offline?, ***BBC News***, June 5 2000 (Monday) via <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk/778267.stm> (ziyaret tarihi: 22/02/17).

EK I

Ele Alınan Sözde Devletlerden Bayrağı Olanların Bayrakları

Minerva Cumhuriyeti'nin Bayrağı



Minerva Prenslığının Bayrağı



Minerva oluşumuna dair her iki bayrağın görseller için bkz. via http://www.crwflags.com/fotw/flags/to_min.html (ziyaret tarihi: 30/04/17).

Yeni Atlantis'in Bayrağı



Bkz. “Contents of a Country: ...”

Güller Adası Bayrağı

https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Rose_Island_Flag.svg (son ziyaret tarihi: 10/05/17).

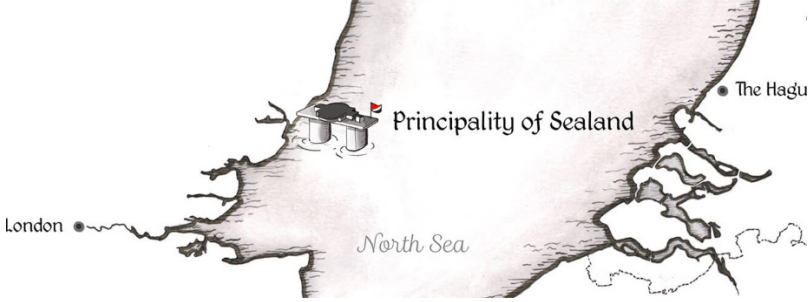
Sealand Prensliğinin Bayrağı

<https://www.sealandgov.org/gallery/sealand-flag/sealand-flag/> (ziyaret tarihi: 10/05/17).

EK II

Ele Alınan Bazı Sözde Devletlerin Konumlarını Gösteren Haritalar

Sealand Prenslığı



<https://www.sealandgov.org> (son ziyaret tarihi: 15/05/17).

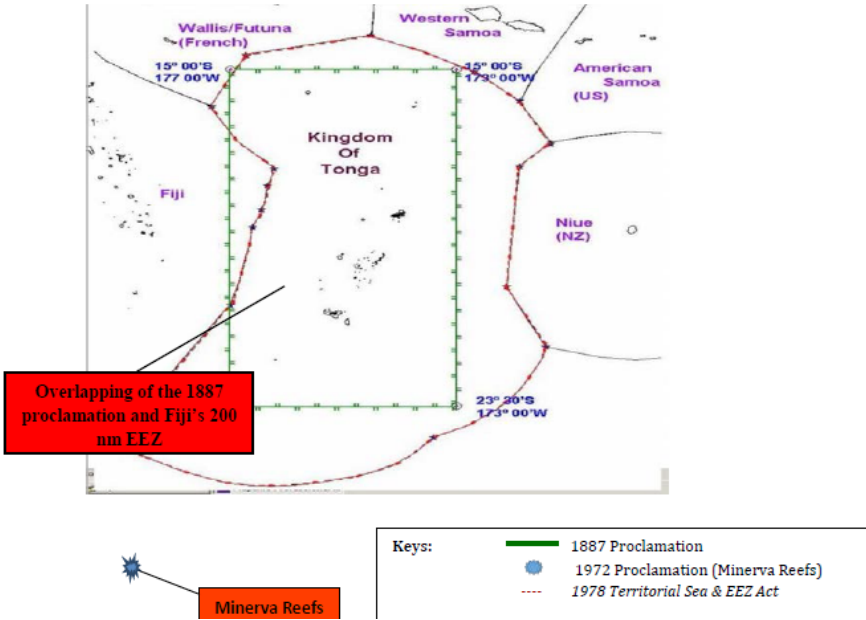
Güller Adasının Adriyatik'teki Konumu¹³¹



http://micronations.wikia.com/wiki/Republic_of_Rose_Island (ziyaret tarihi: 20/04/17).

¹³¹ Konumu gösteren bu resim, esasen Güller Adasının o dönemde bastığı pul üzerinde yer verilen resimdir.

Minerva Cumhuriyetinin Kurulmaya Çalışıldığı Minerva Resifleri



Bkz. FIFITA, s. 6.

Uluslararası Hukukta İnsanlığın Ortak Kaygısı Kavramı

Dr. Öğr. Üyesi Ali Kerem KAYHAN*

Öz: İnsanlığın ortak kaygısı, uluslararası çevre hukukuna son yıllarda dahil olmuş bir kavramdır. Kavram, küresel çevre tehditlerine dikkat çeker ve bu tür tehditlerin ancak insanlığın ortak hareketi ile bertaraf edilebileceğini öngörür. Kavrama benzer yaklaşımları uluslararası hukukta görmek mümkündür, özellikle insanlığın ortak menfaati ve insanlığın ortak mirası kavramları, insanlığın ortak kaygısı kavramı ile benzerlikler gösteren kavramlardır. İnsanlığın ortak kaygısının yer aldığı temel uluslararası sözleşmeler, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'dir. Bu sözleşmelerde insanlığın ortak kaygısı kavramı sözleşmelerin temel zemininde yer alır. Kavram, uluslararası hukukta yenilikçi gelişmeleri bünyesinde barındırır. Özellikle, çevre sorunlarında küresel sorumluluğu kabul etmesi ve devlet dışı bireyleri meseleye dahil ederek tüm paydaşları işbirliğine davet etmesi mühim gelişmelerdir. Ancak, günümüzde insanlığın ortak kaygısı kavramının bir uluslararası teamül kuralına dönüştüğünü söylemek güçtür.

Anahtar Kelimeler: İnsanlığın ortak kaygısı, insanlığın ortak mirası, insanlığın ortak ilgisi, uluslararası çevre hukuku, iklim değişikliği, biyolojik çeşitlilik.

The Concept of Common Concern of Humankind in International Law

Abstract: The concept of common concern of humankind has emerged in international environmental law in recent years. The concept draws attention to global environmental threats and predicts that threats can only be overcome with global participation. Similar approaches to common concern of humankind can be seen in international law. In particular, the common interest of mankind and the common heritage of humankind are concepts that show similarities with the concept of common concern of humankind. The United Nations Framework Convention on Climate

* Makale gönderim tarihi: 22.04.2018. Makale kabul tarihi: 11.06.2018.

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-4102-3204; keremkayhan@hotmail.com).

Change and the Convention on Biological Diversity are the main treaties addressing the common concern of humankind. In those conventions, the concept of common concern of humankind provides an important influence. The concept is an innovative development in international environmental law that provides global responsibility for environmental issues at large scale, enhances cooperation, and engages non-state actors. However, there is not enough evidence to show that the concept of common concern of humankind is a customary international rule.

Keywords: Common concern of humankind, common heritage of mankind, common interest, international environmental law, climate change, biological diversity.

GİRİŞ

Uluslararası çevre hukuku hızla gelişen bir hukuk disiplini olarak birçok yeni kavramın oluşmasına önayak olmuştur. Özellikle 1992 tarihli Rio Konferansı sonrasında akdedilen çok taraflı sözleşmelerde yer bulmaya başlayan kavramlar, uluslararası çevre hukukunda ayrı bir öneme sahiptir. Bununla birlikte, kabulleri üzerinde uluslararası toplumca uzlaşıya varılmış olsa da, söz konusu kavramların anlam ve muhteviyatına ilişkin farklı yaklaşımlar mevcuttur.

Bu çalışmada literatüre son yıllarda dahil olan kavramlardan biri olan “insanlığın ortak kaygısı” (*common concern of the humankind*) kavramı tartışılacaktır. Uluslararası çevre hukukunda oldukça hızlı bir biçimde kendine yer edinen kavram, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulunda kabul edildikten sonra, özellikle iklim değişikliği ve biyolojik çeşitliliğe ilişkin çeşitli küresel sözleşmelerde yer almıştır. Ancak, insanlığın ortak kaygısının anlamı ve kapsamı açık değildir. Bu çalışmanın amacı kavramın kullanımı, içeriği ve anlamı üzerinde durarak, tanımına bir netlik kazandırmaktır.

İnsanlığın ortak kaygısı, çalışmanın ilk bölümünde terminolojik olarak ele alınmıştır. Devamında kavramın kullanım alanları olan uluslararası sözleşmeler, yargı kararları ve *soft law* (esnek hukuk) belgeleri incelenmiştir. Sonraki bölümde insanlığın ortak kaygısı, benzer kavramlar ile karşılaştırılmış ve son olarak da günümüzdeki etkisi ve hukuki geçerliliği değerlendirilmiştir.

I. KAVRAMIN İÇERİĞİ

İnsanlığın ortak kaygısı kavramına ilk kez 1988 tarihli bir BM Genel Kurulu kararında değinilmiştir.¹ Genel Kurul, o dönemde ortaya çıkan iklim

¹ UN Doc. A/RES/45/53 (1988)

değişikliği tehdidinin “insanlığın ortak kaygısı” olduğunu kabul etmiştir. İnsanlığın ortak kaygısı, daha sonraki dönemlerde akdedilen uluslararası sözleşmeler ve belgelerde de yer bulmuştur.

Kavramın uygulama alanlarına değinmeden evvel, anlamı üzerinde durmak ve bu minvalde, kavramı kelime bazında parça parça değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu çerçevede, kavramı oluşturan insanlık, ortak olma ve kaygı terimlerinin değerlendirmesi uygun görülmüştür.

A. İnsanlık

İnsanlığın ortak kaygısı ifadesinde ilk olarak kavramda yer alan “insanlık” (*humanity*) teriminden bahsetmek gerekir. İnsanlık, insanlığın ortak kaygısı kavramının hem süjesi hem de muhatabıdır. İnsanlık ifadesinin kavramda yer bulması, meselenin uluslararası hukukun temel süjeleri olan devletler ile sınırlı kalmadığına ve bir yönüyle bu sınırın dışına çıkıldığına işaret etmektedir. Zira insanlık ifadesi devlet dışı organları, birey topluluklarını ve halkları da dahil edecek biçimde geniş kapsamlı bir çerçeve çizmektedir. Bu bakımdan insanlık tabiri ile tüm toplumlara toplu ve bireysel olarak görev yüklendiğini de söyleyebiliriz.²

Küresel çevre sorunlarının etki alanlarını devlet sınırları ile ayırmak mümkün değildir. Dolayısıyla bu sorunların insanoğlu üzerindeki tehdidi sadece devletlerarası bir mesele olarak kabul edilemez. Buna ek olarak insanlık ifadesinin muhtevası içinde, geçmiş ve gelecek kuşaklar bir bütün olarak ele alınmakta ve böylece nesiller arası bir bağ kurma imkânı da sağlanmaktadır.³

Her ne kadar “insanlık” kavramı yalnızca devletleri değil, daha geniş bir kitleyi içeriyor olsa da, insanlığın ortak kaygısı kavramına bağlanan me-

² SHELTON Dinah, “Common Concern of Humanity”, *Iustum Aequum Salutare* Vol. 2009/1, ss. 33-40, s. 33-38

³ CHAVARRO Jimena Murillo, “Common Concern of Humankind and its Implications in International Law”, *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, vol. 5(2), 2008, ss. 133-147, s. 140. Konuyla ilgili olarak nesiller arası hakkaniyet meselesi dikkate değerdir. Nesiller arası hakkaniyet, doğal kaynaklar ile kültürel mirasın gelecek nesillere günümüz nesillerinin elinde bulundurduğu halden daha kötü halde teslim etmemesi anlamını taşır ve bir nevi muhafaza görevini öngörür. Bkz. BIRNIE Patricia & BOYLE Alan & REDGWELL Catherine, *International Law and the Environment*, Third Edition, Oxford University Press, Newyork, 2009, s. 119 vd.

selelerde devletlerin sorumlulukları diğer paydaşlara göre öncelikli olacaktır. Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı *Gabcikovo Nagymaros* Davasında, “*ekolojik dengeyi korumak tüm devletlerin zaruri görevidir*” diyerek çevrenin korunmasında devletlerin sorumluluğuna doğrudan değinmiştir.⁴

Sonuç olarak, insanlık ifadesi ile çok geniş bir kitlenin kapsam içine alınmaya çalışıldığını görmekteyiz. Küresel çevre tehditlerinin vahameti ve kavramın bütünü göz önünde bulundurulduğunda bu tercihin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

B. Ortaklık

Kavramın ikinci boyutu olan “ortak” (*common*), uluslararası hukukta birçok alanda kullanılan kapsayıcı ve genelleyici bir ifadedir. Kelime, “Ortak Alanlar”, “Ortak Sorumluluk⁵”, “Ortak Fakat Farklılaştırılmış Sorumluluklar⁶” gibi uluslararası hukukta birçok kavramın içerisinde yer almaktadır.

Bu çerçevede “ortak alan” (*commons*) kavramının değerlendirilmesi, “ortak” kelimesinin anlamının netleştirilmesi için yararlı görülmüştür. Ortak alan ifadesine çeşitli uluslararası sözleşmelerde rastlanmaktadır. Kavram, 1967 Ay ve Gök Cisimleri Dâhil Uzayın Araştırılması ve Kullanımında Devletlerin Faaliyetlerini Yönetecek İlkelerle İlişkin Andlaşmanın (Uzay Andlaşması) başlangıç kısmında yer alır. İlgili andlaşmada uzay, tüm insanlığın alanı (*province of all mankind*) olarak kabul edilmiştir. Andlaşmada, “*Ay ve diğer gök cisimleri dâhil, uzay, hiçbir ayırt edici muameleye tabi tutulmaksızın, eşitlik esasına ve devletler hukukuna uygun olarak, bütün devletlerin*

⁴ Gabcikovo - Nagymaros Project, ICJ Reports 1997, para 53.

⁵ Devletlerin kimi faaliyetlerde ortak sorumluluğu olduğu kabul edilir. Tehlikeli faaliyetler, nükleer enerji, nesli tükenen canlıların korunması gibi meselelerde uluslararası hukukta ortak sorumluluk rejimleri oluşturulmuştur. Bu tür sorumluluk rejimlerinde tüm devletlere eşit genel standartlar uygulanır. Ancak, ortak sorumluluk kavramı, sorumluluğu kabul etmekle birlikte sorumluluğun paylaşımı meselesine değinmez. Bkz: BIRNIE *et la*, 2009, s. 136.

⁶ Sorumluluğun paylaşımı hususundaki noksanlığı gidermek amacıyla oluşturulan ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar kavramı, insanlığın ortak kaygısına benzer şekilde oldukça yeni bir kavramdır ve uluslararası hukuka iklim değişikliği rejimi ile dahil olmuştur. Ortak sorumluluk kavramının sorumluluğun paylaşımına değinmediği dikkate aldığımızda, amacın, sorumluluğu devletler arasında farklılıklarını da gözeterek paylaştırmak olduğu şekilde değerlendirmek uygun düşecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: SANDS Philippe & PEEL Jacqueline & FABRA Adriana & MACKENZIE Ruth, *Principles of International Environmental Law*, Fourth Edition, Cambridge University Press, UK, 2018, ss. 246-248.

keşif için kullanmasına açıktır...” şeklinde ifade edilmiştir. Bir diğer ortak alan yaklaşımını 1959 tarihli Antarktika Andlaşmasında görmekteyiz. Andlaşmada, Antarktika bölgesinde “*toprak egemenliği amaçlı hiçbir yeni talep öne sürülmeyeceği*” kararlaştırılmıştır.⁷ Devletlerin bu bölgede faaliyetleri salt barışçıl amaçlar içerecektir.⁸

Ortak alan dediğimiz bölge, Antarktika örneğinde karşımıza çıktığı üzere, herkesin ortak alanı olabileceği gibi devletlerin yetki alanları dışında kalan diğer yerleri de kapsayacak biçimde geniştir.⁹ Ortak alan, uluslararası toplumun tamamına ait olan veya herhangi bir devletin egemenliği altında olmayan yer olarak anlaşılmalıdır.¹⁰ Ortak alan ifadesini kullanan sözleşmelerin ortak noktası, burada yer alan “ortak” ifadesinin tüm devletlere ait olma anlamı taşıması ve hiçbir devletin bu bölgelerde egemenlik iddiasında bulunamayacağı hususudur.

İnsanlığın ortak kaygısı ile ortak alan kavramlarının ilişkisine dönersek, insanlığın ortak kaygısının ortak alan kavramından daha geniş bir kapsama sahip olduğunu söyleyebiliriz. İnsanlığın ortak kaygısı, devletlerin yetki alanı dışındaki alanları içerdiği gibi, devletlerin yetki alanı içindeki yerleri de kapsamaktadır. İnsanlığın ortak kaygısı ifadesi ile anlamamız gereken sadece tüm devletlerin kullanım imkânı olan açık denizler veya birden çok devleti ilgilendiren sınıraşan meseleler değil, kimi zaman tek bir devletin egemenliğinde yer almasına rağmen yapı itibarıyla diğer devletlere de etki eden hususlardır. Burada dikkat çekilmesi gereken nokta, bu meselelerin bir devletin sınırları içerisinde vuku bulmalarına rağmen tüm devletler üzerinde belli bir etkiye sahip olmalarıdır.¹¹ Çevrenin küresel bir ekosistem olarak ülke sınırları ile sınırlandırılabilir bir yer olmadığı düşünülmekte, bölünmez bir niteliği olduğu kabul edilmektedir.¹² Zira, bir devletin kendi topraklarındaki faaliyetleri tüm devletleri etkileyebilmektedir. Atmosfer bunun için yerinde bir örnek olacaktır. Atmosfer, yapısı gereği fiziksel olarak parçalara

⁷ Antarctic Treaty, 402 UNTS 71 (1959), m. IV (2).

⁸ *Ibid.*, m. I (1)

⁹ CHAVARRO, s. 140.

¹⁰ CHAVARRO, s. 133.

¹¹ BARNES Richard, **Property Rights and Natural Resources**, Hart Publishing, Oregon, 2009, s. 240.

¹² CHAVARRO, s. 141.

ve sınırlara ayrılamaz bir bütündür.¹³ Bir devletin kendi sınırları içerisinde atmosfere zarar veren bir faaliyeti, diğer devletleri de etkileyebilecektir.

Son olarak eklemek gerekir ki, insanlığın ortak kaygısında yer alan ortak (*common*) kavramı, günümüzde tüm insanlığı ilgilendiren meselelere işaret etmektedir. Geçmiş yıllarda ise ortak meseleler, sadece devletlere ilişkin konular olarak değerlendirilmiş ve bu bakımdan sınırlı bir boyutta ele alınmıştır. Ancak günümüzde, küresel birer sorun teşkil eden ortak meselelerin, sadece devletleri değil, bireyleri de ilgilendirdiği kabul edilmektedir.

C. Kaygı

İnsanlığın ortak kaygısı kavramının üçüncü parçası olan “kaygı” (*concern*), uluslararası hukuk açısından oldukça yeni ve tartışmalı bir ifadedir. Kaygı kelimesinin kullanımında ilk olarak dikkatimizi çeken, Türkçe kaynaklarda kaygı yerine farklı ifadelerin kullanılmış olmasıdır. Uluslararası sözleşmelerin resmi tercümelerinde dahi söz konusu kavramın farklı kelimeler ile ifade edildiği görülmektedir. “*Common concern of the human-kind*” şeklinde yer alan ifade, “insanlığın ortak sorunu”¹⁴, “insanlığın ortak kaygısı”¹⁵ olarak farklı şekillerde resmi olarak dilimize çevrilmiştir. Çok benzer bir kavram olan, “*common concern of all countries*” ifadesinin “bütün ülkelerde ilgi konusu” şeklinde dilimize tercüme edildiği görülmektedir.¹⁶ Ek olarak doktrinde *concern* ifadesine karşılık olarak “ilgi”¹⁷ kelimesinin de kullanıldığı görülmektedir.

Kavramla kastedilen anlamı bulmak için diğer dillerle düzenlenen belgelerde *kaygı* terimini karşılamak için kullanılan kelimeler arasında bir kar-

¹³ LEIGH Kathy, “Liability for Damage to the Global Commons”, **Australian Yearbook of International Law**, vol. 14, 1992, ss. 129-156, s. 147.

¹⁴ Convention on Biological Diversity, 1760 UNTS 79 (1992), başlangıç, para. 3. Türkçe resmi metin için bkz: Resmi Gazete, s. 22860, 27.12.1996.

¹⁵ United Nations Framework Convention on Climate Change, 1771 UNTS 107 (1992), başlangıç para. 1. Türkçe resmi metin için bkz: Resmi Gazete, s. 25266, 21.10.2003.

¹⁶ International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 2400 UNTS 303, 3.11.2001. Türkçe resmi metin için bkz: Resmi Gazete, s. 25984, 02.11.2005.

¹⁷ İnsanlığın ortak ilgisi, bkz: SARİBEYOĞLU SKALAR Meltem, **Uluslararası Hukukta Sürdürülebilir Kalkınma Kavram İlkeler ve Yargısal Uygulama**, Beta, İstanbul, 2015, s. 117, ve BAŞLAR Kemal, “Uluslararası Hukukta ‘Erga Omnes’ Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2002, ss. 75-107, s. 100.

şılaştırma yapılması yerinde olacaktır. Burada kavramın en yaygın olarak anıldığı BMİDÇS'nin farklı dillerdeki resmi dokümanlarını inceleme yoluna gideceğiz.

BMİDÇS'nin İngilizce resmi metninde *concern* kelimesi yer almaktadır. İngiliz dilinde *concern*; ilgi, alaka, tasa, kaygı, endişe anlamlarına gelmektedir.¹⁸ Fransızca resmi metninde *préoccupation* geçmektedir.¹⁹ Kelime, *concern* ifadesinin karşılığı olarak İngilizce ile aynı anlama gelmekte ve doğrudan kaygı anlamını taşımaktadır.²⁰ İspanyolca metinde ise Fransızca ile aynı dil kökünden gelen bir kelime olarak *preocupación* yer almaktadır.²¹ Bir diğer örnek olarak verebileceğimiz Arapça metinde yer alan قلق (kalak) kaygı, endişe, tedirginlik anlamlarına gelmektedir.²² Bu aşamada farklı dillerdeki resmi metinlerde *concern* ifadesinin yerine kullanılan kelimelerin genel olarak kaygı anlamını taşıdığını söyleyebiliriz.

Türkçe kullanımı açısından ele alırsak, tercüme farklılığı dikkatimizi çekmektedir. *Concern* ifadesi, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesinde “sorun”,²³ BMİDÇS’de ise “kaygı” olarak tercüme edilmiş ve kanunda bu şekilde yer almıştır.²⁴ Türkiye, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesine 1996, BMİDÇS’ye ise 2003 yılında taraf olmuştur.²⁵ Buradaki mevcut uyumsuzluğa, sözleşmelere taraf olduğumuz tarihlerin farklılığının ve çevirilerin farklı gruplarca yapılmasının yol açtığını düşünüyoruz. Zira, her iki sözleşme de 1992 tarihli Rio Konferansında imzaya açılmış ve tamamen aynı ifadeyi (*common concern of humankind*) kullanmışlardır. Bu iki sözleşme dışında Türkiye’nin 2005 yılında taraf olduğu, Gıda ve Tarım için Bitki Genetik Kaynakları Uluslararası Andlaşmasında ise, resmi tercümede *concern* ifadesi “ilgi” olarak kul-

18 AKDİLMEN Resuhi, Langenscheid Standard English Dictionary English-Turkish Turkish-English, 16.bası, İnkılap Yayınları, İstanbul, 2015, bkz: *concern*

19 Bkz: <https://unfccc.int/sites/default/files/convfr.pdf> (Erişim Tarihi: 19.03.2018)

20 Larousse Fransızca- İngilizce Sözlük, <http://www.larousse.fr/> (Erişim Tarihi: 21.03.2018)

21 Bkz: <https://unfccc.int/sites/default/files/convsp.pdf> (Erişim Tarihi: 19.03.2018)

22 Bkz: <https://unfccc.int/sites/default/files/convarabic.pdf> (Erişim Tarihi: 19.03.2018), GÜNEŞ Kadir, Arapça - Türkçe Sözlük, Mektep Yayınları, İstanbul, 2015, s. 974. Kaygı, endişe, tedirginlik

23 Resmî Gazete, s. 22860, 27.12.1996.

24 Resmî Gazete, s. 25266, 21.10.2003.

25 *Ibid.*

lanılmış ve yine farklı bir yaklaşımda bulunulmuştur.²⁶ Son olarak Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi'nde BMİDÇS'de olduğu gibi *concern* yerine kaygı ifadesi kullanılmıştır.²⁷ Görüldüğü üzere dört farklı uluslararası sözleşmede aynı kavram, üç farklı şekilde tercüme edilmiştir.

Bu aşamada hangi tercümenin *concern* kelimesi için daha yerinde olacağını değerlendirmek gerekmektedir. Uygulamadaki kullanımlardan ilki olan “sorun” ifadesi ile *concern* kelimesinin içerdiği anlam arasında doğrudan bir bağ kurulması oldukça zordur. Zaten BMİDÇS'nin tercümesinde Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesinde kullanılan ifadenin kullanılmaması dikkat çekici bir husustur. “Sorun”, uluslararası hukukta birçok yabancı kavram (*problem, issue vb.*) için kullanılmaktadır. Bu bakımdan aynı ifadenin *concern* için de kullanılması kavram kargaşasına yol açacaktır. Bir diğer kullanım olan “ilgi”nin ise *concern* ifadesinde yer alan olumsuzluğu aktarmada yeterli olmadığı kanısındayız. “İlgi”, yukarıda farklı dillerde örneklerini gösterdiğimiz *concern* kelimesinin anlamının içerdiği vahameti tasvir etmek için yeterli değildir.

Concern kelimesinin Türkçe'ye tercümesinde hangi yaklaşımın doğru olduğuna gelirsek, burada BMİDÇS'nin resmi tercümesinde yer alan “kaygı” ifadesinin daha yerinde bir kullanım olduğunu söyleyebiliriz. Kaygı; üzüntü, tasa, endişe duyulan düşünce anlamlarına gelmektedir.²⁸ Bu noktada insani ve bireysel bir anlam taşıdığı düşüncesiyle tüm insanlığa atfedilmesi hususunda bazı çekinceler ileri sürülebilir. Ancak kaygı unsuru, burada bireylere özgü kabul edilmemektedir. Kaygı, devletler için endişe yaratan hususlarda ortak hareket edilmesi gerektiğini öngörmektedir.²⁹ Bununla birlikte, insanlığın ortak kaygısı kavramı içinde kaygı ifadesi ile insanlığın geniş anlamda ele alındığı ve devlet dışı kişiliklerin de kavramın kapsamına dahil edildiği dikkate alınmalıdır. Nitekim kaygı, burada tüm insanlığı etkileyen sorunların vahametini vurgulamak amacıyla kullanılmıştır.³⁰

²⁶ Resmî Gazete, s. 25984, 02.11.2005.

²⁷ Resmî Gazete, s. 26056, 21.01.2006.

²⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=KAYGI (Erişim Tarihi: 14.03.2018)

²⁹ SCHOLTZ Werner, “Common heritage: saving the environment for humankind or exploiting resources in the name of eco-imperialism?” **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Vol. 41, No. 2 (JULY 2008), ss. 273-293, s. 284.

³⁰ Bu çalışma boyunca *common concern of the humankind* kavramı, “insanlığın ortak kaygısı” olarak kullanılmıştır.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA İNSANLIĞIN ORTAK KAYGISI KAVRAMININ KULLANIMI

Ortak kaygı ifadesi belirgin bir biçimde ilk kez 1987 tarihli Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu tarafından hazırlanan Ortak Geleceğimiz Raporunda yer almıştır.³¹ Komisyon Başkanı Brundtland'ın ismiyle de anılan raporun giriş kısmında “*Gezeğimiz ve birbirine bağlı ekolojik ve ekonomik tehditlerin, halklar, kurumlar ve hükümetler için ortak bir kaygı kaynağı olduğu*” ifade edilmiştir.³² Raporun birinci bölümünde ortak kaygılar başlığı yer alır ve uluslararası toplumun ortak sorunların çözümü için birlik olması gerektiği ifade edilir.³³

Kavramın, çalışmamızın da içeriğini oluşturan “insanlığın ortak kaygısı” olarak kullanımı ise, ilk kez bir Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu kararı ile gerçekleşmiştir. BM Genel Kurulu 1988 yılında, iklim değişikliğinin insanlığın ortak kaygısı olduğunu kabul eden bir karar almıştır.³⁴ Genel Kurul'un sonraki yıllarda aldığı benzer kararlarda da aynı kavramı kullanması, kanaatimizce kavramın genel olarak kabul edildiği anlamına gelmektedir.³⁵ UNEP, BM Genel Kurulu kararında kavramın kabul edilmesinin akabinde 1990 yılında kavramın hukuki mahiyetini araştırmak amacıyla bir çalışma grubu oluşturmuştur. Ekip, 1991 yılında çalışmaya ilişkin bir bilgi notu yayınlamıştır. Burada, insanlığın ortak kaygısının haklar ve sorumluluklar bahsinde henüz açık bir anlama sahip olmadığına kanaat getirilmiştir.³⁶

İnsanlığın ortak kaygısı kavramı kısa bir sürede uluslararası sözleşmelerde de kullanılmaya başlanmıştır. Kavram, Rio Konferansı'nda imzalanan

³¹ BOWLING Chelsea & PIERSON Elizabeth & RATTÉ, Stephanie: “The Common Concern of Humankind: A Potential Framework for a New International Legally Binding Instrument on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in the High Seas” http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/BowlingPiersonandRatte_Common_Concern.pdf, (Erişim Tarihi: 20.03.2018)

³² UN Doc. A/42/427, **Our Common Future**, Chairman's Foreword. Ortak Geleceğimiz Raporu hakkında bilgi için bkz; SARİBEYOĞLU SKALAR, s. 25 vd.

³³ *Ibid.*

³⁴ UN Doc. A/RES/43/53 (1988)

³⁵ Bkz: UN Doc. A/RES/44/207 (1989), UN Doc. A/RES/45/212 (1990)

³⁶ TOLBA Mostafa K.: “The Implications of the Common Concern Mankind Concept On Global Environmental Issues”. *Revista Instituto interamericano de Derechos Humanos*, n. 13, 1991, s. 244.

BMİDÇS ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nde yer almıştır. Kavramın oldukça kısa bir sürede uluslararası sözleşmelere dahil olarak etkin hale gelmesi, bazı yazarlar tarafından beklenmedik bir durum olarak nitelendirilmiştir.³⁷

Bu sözleşmelerden ilki olan BMİDÇS, iklim değişikliği rejimini oluşturan bir çerçeve sözleşmedir. BMİDÇS'nin temeli, iklim değişikliği ile mücadele edilmesi gerektiğinin uluslararası toplumca kabul edilmesi ve devletlerin ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklarının kabul edilmesine dayanır. Sözleşmenin ek protokolü olan Kyoto Protokolü ile devletlere gelişmişlik düzeylerine göre somut sorumluluklar verilmiştir. BMİDÇS, insanlığın ortak kaygısı kavramına başlangıç kısmında yer verir.³⁸ Sözleşmede insanlığın ortak kaygısının kabulü ile, iklim değişikliğinin tüm insanlık için bir tehdit olduğu ve devletlerin iklim değişikliğinin vereceği zararları en aza indirme hususunda ortak hareket etme sorumluluğu olduğunun kabul edildiği söylenebiliriz.³⁹ İnsanlığın ortak kaygısı ile iklim değişikliğinin kendisinin değil, sonuçlarının bir ortak kaygı teşkil ettiği anlaşılmalıdır.⁴⁰ Yine, BMİDÇS'ye bağlı olarak 2015 yılında imzalanan Paris Anlaşması'nda insanlığın ortak kaygısı kavramı kabul edilmiştir.⁴¹

BMİDÇS'nin yanında 1992 tarihli Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, insanlığın ortak kaygısı kavramına yer veren ilk uluslararası sözleşmelerden biridir. Sözleşmede biyolojik çeşitliliğin korunması, insanlığın ortak kaygısı olarak kabul edilmiştir.⁴² Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, devletlerin hakları ve sorumlulukları üzerinde yoğunlaşır. Genel yükümlülükleri, canlıların, habitatın ve ekosistemin yok olmasını engelleyecek gerekli ulusal önlemleri almaktır. Bunun yolu da biyolojik kaynakların muhafazası için iç hukukta gerekli düzenlemelerin yapılmasıdır. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesinde insanlığın ortak kaygısı kavramının kullanımı ile artık biyolojik kaynaklar üzerinde devletin münhasır egemenliği olduğu iddiasının ortadan kalktığı ve

37 BIRNIE Patricia: "Environmental Protection and Development", **Melbourne University Law Review**, vol. 20, 1995-1996, ss. 66-100, s. 97.

38 BMİDÇS, para. 1.

39 KAYHAN Ali Kerem, Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 173-180.

40 SHELTON, 2009, s. 37.

41 Paris Anlaşması, UNFCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, başlangıç, para. 7.

42 Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, başlangıç para. 3.

gelecek nesillerin de güvencesinin dikkate alınmaya başlandığını söyleyebiliriz.⁴³ Biyolojik çeşitliliğin korunmasında insanlığın ortak kaygısı kavramının etkisi hafife alınmamalıdır. Çalışmalar, doğal kaynakların tüketiminin etkisinin bulunduğu bölgedeki biyolojik unsur ile sınırlı kalmadığını, aksine genetik kaynakların yok olması ile, ilişik olan tüm biyolojik sistemlerin yok olmasına yol açabileceğini göstermektedir. Bu nedenle, biyolojik çeşitlilik hususunda ilgili doğal kaynağa sahip devletin tek başına tasarruf hakkı olmadığı düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Buradan hareketle, devletlerin doğal kaynaklardan yararlanırken en azından danışma ve işbirliği içerisinde olması gerekliliği doğmaktadır.⁴⁴ Sonuç olarak, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nde biyolojik çeşitliliğin insanlığın ortak kaygısı olarak kabul edilmesinin, genetik kaynakların serbest ve sorumsuz kullanımını ortadan kaldırdığı söylenebilir.⁴⁵

Bu iki temel sözleşmenin dışında daha az bilinen, Gıda ve Tarım için Bitki Genetik Kaynakları Uluslararası Andlaşması ve Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi insanlığın ortak kaygısına değinen diğer sözleşmelerdir. Gıda ve Tarım için Bitki Genetik Kaynakları Uluslararası Andlaşması başlangıç kısmında, “*gıda ve tarım için bitki genetik kaynaklarının bütün ülkelerin ortak kaygısı olduğunun bilincinde olunduğunu*” ifade eder.⁴⁶ Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi ise “*insanlığın somut olmayan kültürel mirasının korunması konusunda evrensel bir irade ile ortak kaygının varlığının farkında olunduğunu*” belirtmiştir.⁴⁷

İnsanlığın ortak kaygısı, uluslararası sözleşmelerde yer almaya başlamasının akabinde *soft law*⁴⁸ niteliği taşıyan çeşitli belgelerde de sıklıkla kullanılmaya başlamıştır. Bunlardan en dikkat çekici olanı Dünya Doğa Koruma

43 WOLFRUM Richard, Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law, 272 *Recueil des cours* 9, 1998, s. 112.

44 BARNES, s. 248.

45 KISS Alexander & SHELTON Dinah, **Guide to International Environmental Law**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, s. 180.

46 International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 2400 UNTS 303, 3.11.2001. Yürürlüğe giriş: 29.06.2004.

47 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2368 UNTS 35, 17.10.2003. Yürürlüğe giriş: 20.04.2006.

48 Bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, esnek hukuk kuralları

Birliği (IUCN)⁴⁹ tarafından hazırlanan Çevre ve Kalkınma Üzerine Taslak Sözleşmedir. Burada, küresel çevrenin tamamı insanlığın ortak kaygısı olarak tanımlanmıştır.⁵⁰ Maddenin açıklamasında çevrede meydana gelen zararın insan faaliyetleri sonucu oluştuğuna dair bilimsel verilere dayanılmış, bu zararları engellemek için birlikte ya da bireysel olarak hareket etmenin uluslararası toplumun hem görevi hem de hakkı olduğu ifade edilmiştir.⁵¹

Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), yürütmekte olduğu atmosfere ilişkin çalışmaya ilişkin geçici taslak metninde, atmosferin korunmasını tüm insanlığın ivedi ortak kaygısı olarak değerlendirmiştir.⁵² Her ne kadar UHK çalışmanın ilk aşamalarında atmosferin korunmasını insanlığın ortak kaygısı olarak değerlendirmiş olsa da, daha sonra değişikliğe giderek ivedi ortak kaygısı şeklinde kullanma yoluna gitmiştir.⁵³

III. İNSANLIĞIN ORTAK KAYGISI VE BENZER KAVRAMLAR

İnsanlığın ortak kaygısı kavramına benzer ve onun oluşumuna etki eden kavramları, geçmiş dönemlerde düzenlenen çeşitli uluslararası sözleşmelerde görmek mümkündür.⁵⁴ Bu bölümde insanlığın ortak kaygısı, “insanlığın ortak menfaati” ve “insanlığın ortak mirası” kavramları ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

A. İnsanlığın Ortak Menfaati Kavramı

İnsanlığın ortak kaygısı kavramının 1946 tarihli Balinacılığın Düzenlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme’de yer alan ortak menfaat (çıkar)

⁴⁹ IUCN: Hükümet ve sivil toplum örgütlerinden oluşan bir birliktelik olup; kamu, özel teşebbüsler ve sivil toplum kuruluşlarına insani gelişme, ekonomik kalkınma ve doğa korumasının birlikte gerçekleştirilmesini sağlama amacıyla bilgi ve araçları sağlar. (bkz: www.iucn.org)

⁵⁰ IUCN, **Environmental Policy and Law**, Paper No. 31 Rev. 4, m.3, Fifth Edition, Gland, Switzerland, 2015.

⁵¹ IUCN, s. 39.

⁵² UN Doc. A/CN.4/L.851, Özel Raportör Murase’nin başkanlığında yürütülen çalışmanın 2020 yılında bitirilmesi planlanmaktadır.

⁵³ Konuyla ilgili olarak, bkz: CASTILLO-WINCKELS, Nadia Sanchez: “Why Common Concern of Humankind Should Return to the Work of the International Law Commission on the Atmosphere”, **Georgetown Environmental Law Review**, vol. 29, 2016, ss. 131-151.

⁵⁴ DUPUY Pierre Marie & VINUALES Jorge E., **International Environmental Law**, Cambridge University Press, UK, 2015. s. 85.

kavramı ile (*common interest*) birtakım benzerlikleri olduğu düşünülebilir. Zira ilgili sözleşmede ortak menfaat ifadesi ile, balina stoklarının artışının herkesin menfaati olduğu ifade edilmektedir.⁵⁵ Ortak menfaat kavramı, daha sonraki yıllarda 1959 Antarktika Andlaşmasında da karşımıza çıkmaktadır.⁵⁶ Burada da Antarktika'nın barışçıl amaçlar ile kullanılmasının tüm insanlığın ortak menfaati olduğu ifade edilmiştir.⁵⁷

Göçmen Kuşlara İlişkin 1979 Bonn Andlaşması başlangıç bölümünde ise “insanlığın iyiliği” (*good of mankind*) kavramına değinildiği görülmektedir. Sözleşmede, sayısız tür içeren vahşi hayvanların, Dünya'nın doğal yapısının değiştirilemez parçaları olarak, insanlığın iyiliği için korunması gerektiği kabul edilmiştir.⁵⁸

Bununla birlikte bu sözleşmelerde kullanılan insanlığın ortak menfaati veya iyiliği kavramlarının, doğrudan insanlığın ortak kaygısı kavramının yerini tuttuğunu söyleyemeyiz. Ancak, bu iki kavramın sorunların küreselliğine dikkat çekmek ve uluslararası toplumun tamamının ortak hareket etmesini sağlamak maksadıyla kullanıldıklarını ve bu çerçevede insanlığın ortak kaygısı kavramına kaynak teşkil ettiklerini söylemek yanlış bir değerlendirmeye olmayacaktır.

B. İnsanlığın Ortak Mirası Kavramı

İnsanlığın ortak mirası kavramı 1960'lı yılların sonunda ortaya çıkmış, insanlığın ortak kaygısına nazaran daha eski bir kavramdır.⁵⁹ İlk olarak BM Genel Kurulu, 1970 yılında uluslararası deniz yatağını insanlığın ortak mirası olarak kabul eden bir karar almıştır.⁶⁰ Daha sonra kavram, çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer almıştır.

1972 tarihli Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme ile insanlığın ortak mirası ifadesine bir uluslararası sözleşmede ilk

⁵⁵ International Convention for the Regulation of Whaling, 161 UNTS 72, (1946), başlangıç

⁵⁶ Antarctic Treaty, 402 UNTS 71 (1959)

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ United Nations Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, 1651 UNTS 356 (1979)

⁵⁹ KISS Alexander: “The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality”, International Journal, Volume 40, 1984-1985, ss. 423-441, s. 423.

⁶⁰ UN Doc. A/RES/25/2749 (1970)

kez yer verilmiştir. Bu sözleşmede Dünya kültürel mirasının bir kısmında gerçekleşen bir bozulmanın, bütün Dünya milletleri için zararlı bir yoksullaşmaya neden olacağı ifade edilmiştir.⁶¹ Sözleşme, evrensel değer taşıyan doğal ve kültürel alanların doğal miras olarak kabul edilmesini ve korunmasını öngörmektedir.⁶² Bununla birlikte, sözleşmenin amacı Dünya'daki bir takım seçkin doğal ve kültürel alanları korumaktır. Dolayısıyla sözleşmede listelenen alanlar dışındaki yerler, bu metin aracılığıyla korunamamaktadır.⁶³

1979 Ay ve Öteki Gök Cisimleri Üzerinde Devletlerin Faaliyetlerini Yönetecek Andlaşma (Ay Andlaşması), kavramı 11/1. maddede; “*ay ve ona ait doğal kaynakların insanlığın ortak mirası*” olduğu şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

BM Genel Kurulu'nun 1970 yılında uluslararası deniz yatağının tüm insanlığın ortak mirası olduğunu kabul etmesinin akabinde, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), insanlığın ortak mirası kavramının uluslararası deniz yatağındaki faaliyetlere ilişkin kullanımını teyit etmiştir.⁶⁴ Buna göre uluslararası deniz yatağı, oluşturulan otorite kontrolünde işletilecek ve deniz yatağından elde edilen menfaatler devletler arasında paylaşılacaktır.⁶⁵

İnsanlığın ortak mirası kavramının özelliklerinin bu sözleşmeler ışığında değerlendirilmesi uygun olacaktır. Genel görüş, insanlığın ortak mirası kavramının devletlerin ulusal yetkilerinin dışında kalan bölgelere ve doğal kaynaklara ilişkin olduğudur.⁶⁶ Kavram, genel olarak ulusal yasalarla korunamayan bölgeler için geliştirilmiştir.⁶⁷ Kavrama göre, insanlığın ortak mirası olarak kabul edilen bölgeler kimseye ait değildir ve idaresi herkes tarafından ortak yürütülür. Buradan elde edilen doğal kaynaklar tüm devletler

⁶¹ Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1037 UNTS 151, 1972, başlangıç.

⁶² Konuyla ilgili bilgi için bkz. ŞİMŞEK Galip Engin, **Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, ss. 167-177.

⁶³ ŞİMŞEK, s. 167.

⁶⁴ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), 1833 UNTS 397, 1982. Yürürlüğe giriş; 16.11.1994. bkz. m. 136.

⁶⁵ BMDHS, m.156-157. BIRNIE *et la*, 2009, s. 197-198.

⁶⁶ NOYES John E., “The Common Heritage of Mankind: Past, Present and Future”, **Denver Journal of International Law**, vol. 40, ss. 447-471, s. 449.

⁶⁷ SHELTON, 2009, s. 38.

tarafından paylaşılır ve bu bölgeler ancak barışçıl amaçlar için kullanılabilir. Yapılan bilimsel çalışmalar ise aleni ve serbestçe yürütülecektir.⁶⁸ İlke, devletlere ortak miras olarak kabul edilen doğal kaynakları dilediği gibi sömürmeyi ve sahiplik iddiasını yasaklar.⁶⁹ Buna ek olarak, gelecek nesillerin yararlanması için bütün devletler, bu kaynakları en uygun biçimde kullanma yükümlülüğüne sahiptir.⁷⁰

Uluslararası deniz yatağına ilişkin BMDHS ve Ay Andlaşması'nda yer alan ilkenin genel bir teamül kuralı halini aldığı söylenemez.⁷¹ Kavramın sadece uluslararası deniz yatağına ilişkin meselelerde teamüle dönüştüğü kabul edilmektedir.⁷² Uluslararası deniz yatağı dışında teamül kuralı olarak kabul edilmeyen ve Ay Andlaşması ile BMDHS dışında kullanımı mevcut olmayan kavram ile ilgili, genel bir kabulün olduğu söylenemez.⁷³

İnsanlığın ortak mirası kavramı, doğal kaynaklardan ortak menfaatlere uygun ve kolektif bir biçimde yararlanmayı amaçlamaktadır.⁷⁴ Genel olarak kavram, doğal kaynakların küreselleşmesi ve paylaşımına dayanır. Kaynakların tüketimi ve ekonomik kazancın paylaşımını öngören bir yapı arz ettiği için ve doğal kaynakları koruma yanlısı olmadığı gerekçesi ile eleştirilmekte ve sürdürülebilir kalkınma kavramı ile tezat oluşturduğu iddia edilmektedir.⁷⁵ Mesela bir eleştiride, insanlığın ortak mirasının, gelişmekte olan ülkelerin doğal kaynakları üzerindeki daimi egemenliklerini yok ederek, gelecek nesiller için mevcut doğal kaynakları koruma yükümlülüğü getirmesi ile, gelişmekte olan ülkelerdeki doğal kaynakların gelişmiş devletler lehine “uluslararasılaştırmak” (*internationalize*) için kullanılabileceği iddia edilmiştir.⁷⁶

⁶⁸ D'AMATO Anthony & ENGEL Kirsten, **International Environmental Law**, Anderson Publishing Company, Ohio, 1996, s. 31.

⁶⁹ BARBOZA Julio, “Responsibility And Liability for Damage to the Global Commons”, **Recueil des cours**, vol. 247, 1994, s. 392.

⁷⁰ KISS, s. 438.

⁷¹ D'AMATO & ENGEL, s. 31.

⁷² NOYES, s. 456.

⁷³ CHAVARRO, s.137

⁷⁴ MURASE Shinya, “Protection of the Atmosphere and International Law, Rationale for Codification and Progressive Development”, **Sophia Law Review**, vol. 1, 2012, ss. 1-58, s. 53.

⁷⁵ GURUSWAMY Lakshman, “International Environmental Law: Boundaries, Landmarks and Realities”, **Natural Resources & Environment**, vol. 10, No. 2, ss. 43-48, s. 48.

⁷⁶ SCHOLTZ, s. 293.

Bütün bu tartışmaların yanı sıra, insanlığın ortak mirası kavramının kullanımı Ay ve uluslararası deniz yatağı ile kısıtlı kalmıştır. Kavram, biyolojik çeşitlik ve iklim değişikliği gibi küresel çevreyi koruma rejimlerinde kabul edilmemiştir.⁷⁷ Bu nedenle kavramın uluslararası toplumda genel anlamda kabul gördüğünü söyleyemeyiz.

İnsanlığın ortak kaygısı, insanlığın ortak mirası kavramında tartışmaya yol açan menfaatlerin paylaşımı hususundaki olumsuzlukları kaldırma amacına yönelik olarak ortaya çıkmış, insanlığın ortak mirası kavramından daha gelişmiş bir ilkedir.⁷⁸ Kavramın terk edilmesi ve yerine insanlığın ortak kaygısının kullanılması ilk kez bir BM Genel Kurulu kararında gerçekleşmiştir. Genel Kurul, insanlığın ortak mirası kavramının iklim değişikliği sorunsalı için kullanılmasının uygun olmadığına karar vermiştir. 1988 tarihli Genel Kurul toplantısında, Malta Devleti, iklimin insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmesini Genel Kurul'da teklif etmiş, ancak bu teklif reddedilmiştir. Genel Kurul, iklim değişikliğinin insanlığın ortak kaygısı olduğunu kabul etmiştir.⁷⁹ Aslına bakılırsa bu kararlar insanlığın ortak mirası kavramının yerini insanlığın ortak kaygısının aldığını söylemek çok da doğru olmayacaktır. Zira, aşağıda açıklayacağımız şekilde, bu iki kavramın anlamları, amaçları ve araçları farklılık göstermektedir.

İnsanlığın ortak kaygısı kavramını ortak miras kavramından ayıran en önemli hususlardan biri, bu kavramın devletlerin ulusal egemenlik alanlarındaki faaliyetlerini uluslararası denetime açık kılan yapısıdır.⁸⁰ Ortak miras olarak ele alınan bölgeler sınırlar ile ifade edilebilir alanları belirtir. Ortak kaygı ise bölgesel bir değerlendirme ile ele alınamaz ve sınırları çizilebilir bölgesel bir yaklaşıma sahip değildir.⁸¹ Bu aşamada insanlığın ortak kaygısı kavramı, teoride devletlerin kendi egemenlikleri altındaki hukuka uygun fa-

77 BRUNNEE Jutta, Common Areas, Common Heritage, and Common Concern, **Oxford Handbook of International Environmental Law**. Ed. Daniel Bodansky, Jutta Brunnee, Ellen Hey, Oxford University Press, NewYork, 2007, ss. 550-574, s. 566. Malta'nın iklim değişikliğine ilişkin insanlığın ortak mirası teklifinin kabul edilmediğine dair BM Genel Kurulu Kararı 43/53, 6 Aralık 1988.

78 CHAVARRO, ss. 141-146.

79 UN Doc. A/RES/43/53 (1988)

80 CHAVARRO, s.139.

81 SHELTON, 2009, s. 35.

aliyetlerini kısıtlamaya dahi imkân verebilmektedir.⁸² Bu husus özellikle dikkat çekicidir. Devletlerin kendi egemenlikleri altındaki alanlarda uluslararası yükümlülükler ortaya koyması ile, uluslararası çevre hukukunun geçirdiği değişimi açıkça göstermektedir.⁸³

Dolayısıyla, ortak kaygı kavramının, ortak miras kavramının küresel çevre sorunlarına karşı yeterli çözüm sunamaması nedeniyle ortaya atıldığı söylenebilir. Zira, insanlığın ortak mirası, doğal kaynakların kullanılması ve menfaatlerin paylaşılması üzerine kuruludur. Küresel çevrenin korunmasını hedeflememesi, kavrama bazı çekinceler ile yaklaşılmasına neden olmuştur. Buna karşılık, ortak kaygı yaklaşımı ortak miras kavramından kaynaklanan olumsuzlukları aşmak için ortaya çıkmıştır.⁸⁴ Ortak kaygının kabulü farklı bir bakış açısı sunar ve faaliyetlerin kısıtlanması hususunda engelleyici bir anlam içerir. İnsanlığın ortak mirası tabiri ile kıyaslandığında, küresel çevrenin korunmasına ilişkin, BMİDÇS ile Biyolojik Çeşitlilik sözleşmeleri başta olmak üzere, güncel uluslararası metinlerde ortak kaygı tabirinin kullanımının tercih edildiği görülmektedir.

Sonuç olarak, insanlığın ortak mirası kavramı, hem uluslararası hukukta kısıtlı bir alanda uygulama imkânı bulduğu, hem de küresel çevre sorunlarında yeterli bir koruma sağlayamadığı için istisnai haller dışında genel bir kabul görmemiştir. İnsanlığın ortak kaygısı kavramının kullanımının, insanlığın ortak mirası kavramının neden olduğu sorunlardan dolayı tercih edildiği düşünülebilir.

IV. İNSANLIĞIN ORTAK KAYGISI VE DEVLETLERE YÜKLENEN SORUMLULUKLAR

İnsanlığın ortak kaygısının anlamını, uygulama alanını ve benzer kavramlar ile farklılıklarını inceledikten sonra kaçınılmaz olarak şu soruyla karşılaşmaktayız: İnsanlığın ortak kaygısı kavramı bir hukuki sorumluluk doğurur mu?

⁸² BRUNNEE, 2007, s. 566.

⁸³ BRUNNEE Jutta, "The Stockholm Declaration and the Structure and Processes of International Environmental Law", ss. 41-62, **The Future of Ocean Regime Building: Essays in Tribute to Douglas M. Johnston**, Ed. Aldo Chircop, Ted McDorman Susan J. Rolston, Kluwer Law, Leiden, 2009, s. 45.

⁸⁴ BARBOZA, s. 396.

Bu hususta ilk olarak sorumluluğun muhatabını ele almamız gerekir. “İnsanlık” tabirinin devlet dışı bireyleri kapsadığını düşünmekle beraber, insanlığın ortak kaygısı kavramının devletlerin sorumluluk sahibi olduğu uluslararası sözleşmelerde yer aldığını dikkate almak gerekmektedir. Bu sözleşmelerde ana sorumluluk sahibi de devletlerdir. Günümüzde devletlerin kendi topraklarında egemenliklerinin sınırsız olmadığı ve kendi topraklarındaki faaliyetlerden kaynaklanan zarardan ötürü sorumlu olduğu kabul edilmiştir. *Trail Smelter* kararı ile teamül kuralına dönüştüğü kabul edilen “devletlerin kendi sınırları içerisindeki faaliyetlerinden sorumlu olduğu ilkesi”⁸⁵, UAD’ın *Gabcikovo-Nagymaros* davasında⁸⁶ teyit edilmiştir.

İnsanlığın ortak kaygısı kavramının yer aldığı uluslararası sözleşmelere baktığımızda, kabul edildiği tüm uluslararası sözleşmelerde kavramın, bu sözleşmelerin başlangıç kısımlarında yer alması önemlidir.⁸⁷ Uluslararası sözleşmelerin başlangıç kısımları, sözleşmelerin düzenlendiği temel düşünce sistemini ve genel yapısını ortaya koyan bölümlerdir. Başka bir ifadeyle herhangi bir somut sorumluluğa başlangıç kısmında yer verilmez. Mesela, iklim değişikliği rejiminde devletlere verilen sorumluluklar insanlığın ortak kaygısı çerçevesinde değil, ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar çerçevesinde söz konusu olmaktadır.⁸⁸ Bu çerçevede, insanlığın ortak kaygısı, sorumluluğun kaynağı noktasında değil, küresel nitelikteki çevre sorunlarının vahameti ve bu sorunların tüm insanlığın meselesi olduğunun kabulü hususunda bir temel teşkil etmektedir. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi insanlığın ortak kaygısını, BMİDÇS’de olduğu gibi herhangi bir yükümlülüğün doğrudan kaynağı olarak göstermez. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi’nde sorumluluklar, devletlerin bireysel faaliyetlerini yürütürken yerine getirmekle yükümlü olduğu hallerle ilişkindir. Burada vurgulanan, bu kaynağın korunmasında işbirliği ve gerekli iç hukuk düzenlemelerinin yapılmasıdır.⁸⁹

⁸⁵ Trail Smelter Case, UN RIAA vol. III 1905, (1938, 1941) Ayrıntılı bilgi için bkz: TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, “Trail Smelter Hakem Kararı Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Etkisi ve Kararın Özeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LV, sayı 4, ss. 313-338.

⁸⁶ Gabcikovo - Nagymaros Project, ICJ Reports 1997, para. 53

⁸⁷ BMİDÇS, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Gıda ve Tarım için Bitki Genetik Kaynakları Uluslararası Andlaşması, Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi

⁸⁸ BMİDÇS, m.3. Bkz: KAYHAN, s. 200 vd.

⁸⁹ Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, m. 3,4,6. Ayrıca bkz: ŞİMŞEK, s. 208 vd.

Kavram her ne kadar iklim değişikliği ve biyolojik çeşitliğe ilişkin uluslararası rejimlerde yerleşmiş olsa da, bu kavramın kendi başına bir uluslararası teamül hukuku kuralı halini aldığı söylemek zordur.⁹⁰ İnsanlığın ortak kaygısı kavramının devletlere yüklediği genel bir yükümlülük varsa bu işbirliği yükümlülüğü olacaktır. Buradaki önemli kıstas şudur; küresel çevre sorunlarına ilişkin ortak bir kaygıdan bahsediliyorsa, bu sorunların çözümü ancak küresel işbirliğine dayanacaktır. Günümüzde çevre sorunlarının küresel çaplı etkileri göz önüne alındığında, bu sorunların işbirliğini zorunlu kıldığı görülmektedir.⁹¹ İnsanlığın ortak kaygısı yapı itibarıyla uluslararası toplumun tamamı için tehdit teşkil eden sorunları konu edinir.⁹² Kavram, devletlerin gerek karar alma aşamasında gerekse faaliyetlerini yürütürken birlik içerisinde ve uyumlu hareket etmelerini öngörmektedir.⁹³ Buna ek olarak, insanlığın ortak kaygısının sosyal bir boyutu olduğu da düşünülebilir. Kavram, STK'lar ve devlet organları dahil olmak üzere tüm toplumsal yapıların ve sektörlerin küresel çevre bozulmalarına karşı mücadeleye dahil olmalarını benimsemektedir.⁹⁴ Ortak hareket etmenin zaruri olduğunu değerlendirebileceğimiz meselede,⁹⁵ ortak hareket edilirken sorumlulukların neler olacağı, ortak bir noktada nasıl buluşulacağı ve kullanılacak araçların neler olacağı hususu bu kavramla açıklanamaz, açıklanması da beklenmemelidir. Çünkü insanlığın ortak kaygısı ile somut yükümlükler ve kurallar konmaz. Bu kavramla amaçlanan, kabul görmesi beklenen ortak bir bakış açısı oluşturmak ve böylece genel hukuki temeli tesis etmektir.

Kavramın muhtevası devletlerin sınırları içerisinde veya dışındaki alanlara ilişkin olabilir.⁹⁶ İnsanlığın ortak kaygısı olarak kabul edilen bir mevzu-

⁹⁰ BRUNNEE, 2007, s. 567.

⁹¹ NANDA Ved P. & PRING George (Rock), **International Environmental Law and Policy for the 21st Century**, 2nd Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, s. 22.

⁹² BRUNNEE Jutta, Environmental Security in the Twenty-First Century: New Momentum for the Development of International Environmental Law?, **Fordham International Law Journal**, vol. 18, 1994, ss. 1742-1747, s. 1745.

⁹³ TOLBA Mostafa K., "The Implications of the Common Concern Mankind Concept On Global Environmental Issues", **Revista Instituto interamericano de Derechos Humanos**, n. 13, 1991, s. 244.

⁹⁴ SCHOLTZ, s. 283.

⁹⁵ BRUNNEE, 2007, s. 553.

⁹⁶ BRUNNEE, 1994, s. 1745.

da faaliyet, bir devletin egemenliğinde gerçekleşse dahi artık bir uluslararası mesele halini alır.⁹⁷ Ancak herhangi bir sorunun insanlığın ortak kaygısı olması, ilgili meseleye ilişkin yapıyı ortak bir mülk haline getirmeyecektir. Devletin bu alandaki egemenliği devam edecek, ancak bu egemenlik devlete sınırsız bir yararlanma hakkı tanımayacaktır.⁹⁸ Bu noktada devletlerden beklenen, gerektiği zamanlarda doğal kaynaklardan faydalanmayı ve ekonomik kalkınmayı sınırlayabilmeleridir.⁹⁹

Bütün bunlara ek olarak, insanlığın ortak kaygısı kavramının doğuracağı hukuki sorumluluktan meselesinde, *erga omnes* yükümlülüklerle temas etmekte yarar vardır.¹⁰⁰ *Erga omnes* yükümlülükler denildiği zaman uluslararası toplumun tamamına karşı olan yükümlülükler anlaşılmalıdır.¹⁰¹ *Erga omnes*, uluslararası toplumun tamamını kapsar ve ilgili meseleyi küresel olarak ele alma amacı güder. *Erga omnes* yükümlülükte, hakkı ihlal edilen her devlet şikâyetle bulunabilir. Ancak, genel anlamda *erga omnes* yükümlülükleri belirleyen bir uluslararası hukuk metni mevcut olmadığı gibi, doğrudan *erga omnes* yükümlülüğe dayanan bir uluslararası yargı kararı da mevcut değildir.¹⁰²

Erga omnes kavramına dolaylı olarak da olsa en çok değinen yargı kararı UAD'nin *Barcelona Traction* kararıdır.¹⁰³ Kararda, soykırım, hukuka aykırı saldırı halleri ile kölelik ve ırk ayrımcılığı gibi temel insan haklarına riayet etmek *erga omnes* yükümlülükler arasında sayılmıştır.¹⁰⁴ Ancak, *erga omnes* yükümlülükler bu sayılı hususlar ile sınırlı değildir.

Erga omnes yükümlülükler çevre açısından da söz konusu olabilmektedir. Hatta, *Gabcikovo-Nagymaros* kararına yazdığı ayrı görüşte yargıç Weeramantry, büyük çaplı geri dönülemez zararlara yol açan uluslararası çevre sorunlarının sadece taraf devletler için değil, tüm insanlık için önem arz ettiğini savunarak bunların *erga omnes* yükümlülükler olduğunu ifade

⁹⁷ BIERMANN Frank, Common Concern of Humankind: The Emergence of a New Concept of International Environmental Law, *Archiv des Völkerrechts*, 34. Bd., No. 4 (Dezember 1996), s. 449.

⁹⁸ BRUNNEE, 2007 s. 567.

⁹⁹ BRUNNEE, 1994, s. 1745.

¹⁰⁰ *Erga Omnes* yükümlülükler ile ilgili olarak, bkz: BAŞLAR, ss. 76-107.

¹⁰¹ BAŞLAR, s. 81.

¹⁰² LEIGH, s. 135.

¹⁰³ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgment*, ICJ Reports 1970.

¹⁰⁴ *Ibid.*, para. 34.

etmiştir.¹⁰⁵ Ancak, bu görüşün ilgili kararda genel olarak kabul edildiğini söyleyemeyiz.

İnsanlığın ortak kaygısı kavramı ile *erga omnes* yükümlülükler karşılaştırıldığında benzer niteliklere sahip oldukları görülmektedir. Aralarındaki en önemli bağ ise evrenselliştir. İnsanlığın ortak kaygısı tüm insanlığı ilgilendiren bir muhteviyata sahiptir. *Erga omnes* yükümlülüklerin de ana özelliği, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren meselelere ilişkin olmasıdır. Buna ek olarak, insanlığın ortak kaygısı kavramının temas ettiği geniş çaplı kaygı hususu, *erga omnes* yükümlülüklerde uluslararası toplumun tamamına karşı sahip olunan sorumluluklara benzemektedir. Son olarak, gerek insanlığın ortak kaygısı kavramında gerekse *erga omnes* yükümlülüklerde, klasik uluslararası hukuk kişiliklerinin dışına çıkılması önemli bir husustur. İki kavram da tüm insanlığa karşı sorumluluklar bahsinde hakkı ihlal edilen birey ve birey topluluklarını kapsamaktadır.

Her ne kadar anlam ve içerik olarak benzer yönleri olsa da insanlığın ortak kaygısı kavramını *erga omnes* yükümlülük doğuracak şekilde değerlendirmek yerinde olmayacaktır. Zira içeriği üzerinde henüz genel bir konsensüse varılmamış kavramın hukuki etkisinin günümüzde sadece biyolojik çeşitlilik ve iklim değişikliğine ilişkin uluslararası sözleşmeler ile sınırlı olduğu görülmektedir. Ancak, ortak hareket etme temeline dayanan kavramın gelecekte *erga omnes* niteliğe bürünmesi mümkün görünmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmada uluslararası çevre hukukuna dahil olalı henüz otuz yıl olmasına rağmen ilgili alanda çok hızlı bir biçimde önemli bir yer edinen insanlığın ortak kaygısı kavramını açıklamaya çalıştık. İlk olarak dikkatimizi çeken husus, insanlığın ortak kaygısı kavramının gerek uluslararası sözleşmelerin Türkçe’ye resmi tercümelerinde gerekse doktrinde farklı kullanımlarının olmasıdır. Yabancı dildeki *common concern of humankind* ifadesi, “insanlığın ortak sorunu”, “insanlığın ortak ilgisi” ve “insanlığın ortak kaygısı” gibi farklı şekillerde tercüme edilmiştir. Bu çalışma sonucunda yabancı dildeki anlam karşılığının sağlanmasında en uygun kullanımın “insanlığın ortak kaygısı” olduğu tespit edilmiştir.

¹⁰⁵ Gabcikovo - Nagymaros Project, ICJ Reports 1997, Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, ss. 88-119.

İnsanlığın ortak kaygısı, uluslararası hukukta çevreye ilişkin güncel küresel sözleşmelerde yer almaktadır. Kavram, bilhassa biyolojik çeşitlilik ve iklim değişikliğine ilişkin uluslararası sözleşmelerde önemli bir role sahiptir. Bu sözleşmelerde, küresel ölçekli çevre sorunlarının insanlığın tamamını ilgilendirdiği, bu sorunlar karşısında ortak hareket edilmesi gerektiği ve gerekli mücadele verilmediği takdirde Dünya için vahim sonuçlar doğabileceği ifade edilmektedir.

Kavram, önceki yıllarda uluslararası sözleşmelerde kullanılan insanlığın ortak menfaati ve insanlığın ortak mirası gibi kavramlarla benzerlik taşımaktadır. Bu kavramların insanlığın ortak kaygısına en çok benzeyen özelliği, kavramların kapsamının küresel nitelik göstermesidir. Buna rağmen, günümüzde yaşanan küresel çevre sorunlarına temas etmede söz konusu kavramlar oldukça dar ve yetersiz kalmıştır. İnsanlığın ortak kaygısı ise, bu kavramların bir bakıma gelişmiş hali olup, devletlerin ulusal yetki alanlarındaki faaliyetlerini kısıtlayabilecek ölçüde geniş kapsamlıdır. Buna ilaveten insanlığın ortak kaygısı, özellikle insanlığın ortak mirası kavramının küresel çevrenin korunmasındaki yetersizliğini ve menfaatlerin paylaşımına dayanan olumsuzluğunu giderebilecek niteliktedir.

İnsanlığın ortak kaygısı kavramı ile oldukça yenilikçi bir yaklaşım elde edilmiştir. Kavramın kapsamının genişliğine, gelişmelere ve farklı kullanımlara açık yapısına dayanarak gelecekte uluslararası sözleşmelerde yaygın olarak kullanılacağı ve vazgeçilmeyecek bir yer edineceği öngörülmektedir. Bununla birlikte günümüzde kavramın hukuki olarak kendi başına etki gösterebilecek bir nitelikte olduğu da söylenemez. Ancak, hızla gelişen ve artan küresel çevre tehditleri göz önünde bulundurulduğunda, bu tehditlerle mücadele eden uluslararası çevre hukuku bakımından temel bir kavram olarak yerini edinmiştir. Kavramın kabul edilişi ile küresel çevre sorunlarının çözümüne bireyler, halklar ve sivil toplum yapılanmaları da dahil edilmiş ve bu sorunların tüm insanlığın meselesi olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu bakımdan uluslararası toplum için kaygı doğuran meselelerin ancak ortaklaşa hareket ile çözülebileceğinin kabul edildiğini ifade edebiliriz. Bu genel kabulün devletler açısından bir teamül hukuku kuralına dönüştüğü veya *erga omnes* yükümlülöklere benzer bir hukuki yükümlölük öngördüğü ise söylenemez. Ancak kavram, anlam ve içeriği itibarıyla gelişime oldukça açık görünmektedir.

KAYNAKÇA

Uluslararası Andlaşmalar ve Yargı Kararları

Antarctic Treaty, 402 UNTS 71 (1959)

Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgment, ICJ Reports (1970)

Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, 1673 UNTS 126 (1989)

Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1037 UNTS 15 (1972)

Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2368 UNTS 35, (2003)

Convention on Biological Diversity, 1760 UNTS 79 (1992)

Gabcikovo - Nagymaros Project, ICJ Reports (1997)

International Convention for the Regulation of Whaling, 161 UNTS 72 (1946)

International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 2400 UNTS 303 (2001)

Kyoto Protocol to the UN Framework Convention on Climate Change, 2303 UNTS 148 (1997)

Paris Agreement, UNFCCC/CP/2015/L.9/Rev.1 (2015)

Trail Smelter Case, UN RIAA vol. III. 1905, (1938, 1941)

United Nations Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, 1651 UNTS 356 (1979)

United Nations Convention on the Law of the Sea, 1833 UNTS 3 (1982)

United Nations Framework Convention on Climate Change, 1771 UNTS 107 (1992)

Uluslararası Belgeler ve Toplantı Metinleri

Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development (1987)

Report on the World Commission on Environment and Development, Our Common Future, UN Doc. A/RES/42/427 (1987)

Rio Declaration on Environment and Development, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I) (1992)

Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment UN Doc. A/Conf.48/14/Rev. 1(1973)

UN Doc. A/42/427, Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development (1987)

UN Doc. A/CN.4/L.851 (2015)

UN Doc. A/RES/44/207 (1989)

UN Doc. A/RES/45/212 (1990)

UN Doc. A/RES/45/53 (1988)

World Charter for Nature, UN Doc. A/RES/37/7 (1982)

Kitap ve Makaleler

AKDİLMEN Resuhi, **Langenscheid Standard English Dictionary English-Turkish Turkish-English Sözlük**, 16.bası, İnkılap Yayınları, İstanbul, 2015

BARBOZA Julio, “Responsibility And Liability for Damage to the Global Commons”, **Recueil des cours**, vol. 247, ss. 293-400, 1994

BARNES Richard, **Property Rights and Natural Resources**, Hart Publishing, Oregon, 2009

BAŞLAR Kemal, “Uluslararası Hukukta ‘Erga Omnes’ Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2002, ss. 75-107.

BIERMANN Frank, Common Concern of Humankind: The Emergence of a New Concept of International Environmental Law, **Archiv des Völkerrechts**, 34. Bd., No. 4 (Dezember 1996), ss. 426-481.

BIRNIE Patricia & BOYLE Alan & REDGWELL Catherine, **International Law and the Environment**, Third Edition, Oxford University Press, Newyork, 2009

BIRNIE Patricia, “Environmental Protection and Development”, **Melbourne University Law Review**, vol. 20, 1995-1996, ss. 66-100,

BOWLING Chelsea & PIERSON Elizabeth & RATTÉ Stephanie, “The Common Concern of Humankind: A Potential Framework for a New International Legally Binding Instrument on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in the High Seas”, http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/BowlingPiersonandRatte_Common_Concern.pdf

BRUNNEE Jutta, “Common Areas, Common Heritage, and Common Concern”, **Oxford Handbook of International Environmental Law**, Ed. Daniel Bodansky, Jutta Brunnee, Ellen Hey, Oxford University Press, NewYork, 2007, ss. 550-574.

- BRUNNEE Jutta, “Environmental Security in the Twenty-First Century: New Momentum for the Development of International Environmental Law?”, **Fordham International Law Journal**, vol. 18, 1994, ss. 1742-1747.
- BRUNNEE Jutta, “The Stockholm Declaration and the Structure and Processes of International Environmental Law”, **The Future of Ocean Regime Building: Essays in Tribute to Douglas M. Johnston**, Ed. Aldo Chircop, Ted McDorman Susan J. Rolston, Kluwer Law, Leiden, 2009, ss. 41-62.
- CASTILLO-WINCKELS Nadia Sanchez, “Why Common Concern of Humankind Should Return to the Work of the International Law Commission on the Atmosphere”, **Georgetown Environmental Law Review**, Vol. 29, 2016, ss. 131-151.
- CHAVARRO Jimena Murillo, “Common Concern of Humankind and Its Implications in International Law”, **Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law**, vol. 5(2), 2008, ss. 133-147.
- D’AMATO Anthony & ENGEL Kirsten, **International Environmental Law**, Anderson Publishing Company, Ohio, 1996
- DUPUY Pierre Marie & VINUALES Jorge E., **International Environmental Law**, Cambridge University Press, UK, 2015.
- GURUSWAMY Lakshman, “International Environmental Law: Boundaries, Landmarks and Realities”, **Natural Resources & Environment**, Vol. 10, No. 2, ss. 43-48.
- GÜNEŞ Kadir, **Arapça - Türkçe Sözlük**, Mektep Yayınları, İstanbul, 2015
- IUCN, **Environmental Policy and Law**, Paper No. 31 Rev. 4, Fifth Edition Gland, Switzerland, 2015.
- KAYHAN Ali Kerem, **Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017
- KISS Alexander & SHELTON Dinah, **Guide to International Environmental Law**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007
- KISS Alexander, “The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality”, **International Journal**, Volume 40, 1984-1985, ss. 423-441.
- LEIGH Kathy, “Liability for Damage to the Global Commons”, **Australian Yearbook of International Law**, vol. 14, 1992, ss. 129-156.
- MURASE Shinya, “Protection of the Atmosphere and International Law, Rationale for Codification and Progressive Development”, **Sophia Law Review**, vol. 1, 2012, ss. 1-58.

- NANDA Ved P. & PRING George (Rock), **International Environmental Law and Policy for the 21st Century**, 2nd Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013
- NOYES John E., “The Common Heritage of Mankind: Past, Present and Future”, **Denver Journal of International Law**, vol. 40, ss. 447-471.
- SANDS Philippe & PEEL Jacqueline & FABRA Adriana & MACKENZIE Ruth, **Principles of International Environmental Law**, Fourth Edition, Cambridge University Press, UK, 2018
- SARIBEYOĞLU SKALAR Meltem, **Uluslararası Hukukta Sürdürülebilir Kalkınma Kavram İlkeler ve Yargısal Uygulama**, Beta, İstanbul, 2015
- SCHOLTZ Werner, “Common heritage: saving the environment for humankind or exploiting resources in the name of eco-imperialism?” **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Vol. 41, No. 2(JULY 2008), ss. 273-293
- SHELTON Dinah, “Common Concern of Humanity”, **Iustum Aequum Salutare** Vol. 2009/1, ss. 33–40.
- ŞİMŞEK Galip Engin, **Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016
- TOLBA Mostafa K., “The Implications of the Common Concern Mankind Concept On Global Environmental Issues”, **Revista Instituto interamericano de Derechos Humanos**, n. 13, 1991
- TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, “Trail Smelter Hakem Kararı Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Etkisi ve Kararın Özeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:LV, sayı 4, ss. 313-338.
- WOLFRUM Richard, “Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law”, 272 **Recueil des cours** 9, 1998

İnternet Kaynakları

<http://www.larousse.fr/>

<http://www.un-documents.net>

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/7785/7023>

<https://unfccc.int/>

www.iucn.org

www.tdk.gov.tr

www.un.org

Le fondement constitutionnel d'une démocratie locale participative en France : l'article 72-1 de la Constitution du 4 octobre 1958

Arş. Gör. Atagün Mert KEJANLIOĞLU*

Résumé : La conception d'une démocratie locale participative et semi-directe peut être envisagée dans le cadre de la Constitution de 1958 suite à la révision constitutionnelle de 2003. Malgré la structure unitaire de la République, l'attachement à la démocratie représentative et la domination de la forte tendance française de centralisation, les premières tentatives de mise en œuvre d'une démocratie locale montent au début du 20^e siècle. Cependant, la première reconnaissance d'un référendum consultatif local par le législateur date de la fin du 20^e siècle. La portée du référendum local consultatif initialement prévu pour les communes avec la loi du 6 février 1992, a été ultérieurement étendue par d'autres lois jusqu'à 2003. De plus, introduit par la révision constitutionnelle de 2003, l'article 72-1 de la Constitution prévoit un droit de pétition au niveau local, et deux types de référendum local : l'un décisionnel et l'autre consultatif. Comme tous ces outils de participation des citoyens sont soumis au contrôle juridictionnel, le Conseil d'État, grâce à sa jurisprudence, a pu créer un régime de contentieux portant non seulement sur l'acte par lequel la décision d'organiser un référendum est prise, mais aussi sur le résultat du référendum.

Mots clés : Constitution de 1958, collectivités territoriales, décentralisation, démocratie participative, démocratie semi-directe, référendum local, droit de pétition.

Constitutional Foundations of a Participative Local Democracy in France: Article 72-1 of the Constitution of 4 October 1958

Abstract: A participative and semi-direct conception of democracy on a local level in France has a constitutional basis since the constitutional amendment, which was adopted in

* Makale gönderim tarihi: 06.11.2016. Makale kabul tarihi: 29.12.2017.

MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (*kejanlioglum@mef.edu.tr*).

2003, regarding the decentralization of French Republic. Despite the unitary organization of French Republic, the strong attachment to representative democracy and dominance of centralism in French political tradition, attempts for a more participative local democracy can be traced back to the beginning of 20th century. However, the legislature had not recognized a local advisory referendum until the end of 20th century. Scope of the local advisory referendum, which was limited to communes as adopted by the law on local and regional authorities in 1992, has also been extended before 2003. Article 72-1 of the French Constitution, as amended in 2003, foresees regarding all local and regional authorities an extended right to petition on a local level and two different types of local referendum, one binding and the other advisory. As all these procedures of participative local democracy is under judicial scrutiny, French Council of State has developed a judicial review regime regarding the decision to organize a referendum and its result.

Keywords: French Constitution of 1958, local and regional authorities, decentralization, participative democracy, semi-direct democracy, local referendum, right to petition.

Fransa’da Katılımcı Bir Yerel Demokrasinin Anayasal Temeli: 4 Ekim 1958 Anayasasının 72-1. Maddesi

Öz: 1958 Fransa Anayasası’nda 2003 yılında yapılan anayasa değişikliği ile birlikte yerel yönetimlerin güçlendirilmesinin yanı sıra yerel yönetimler düzeyinde katılımcı ve yarı-doğrudan bir demokrasi anlayışının da anayasal düzlemde önü açılmıştır. Fransa’nın üniter devlet yapısına, Fransız siyasi geleneğindeki temsili demokrasiye bağlılığa ve merkeziyetçilik eğiliminin baskınlığına rağmen yerel düzeyde katılımcı bir demokrasi talebinin kökü 20. yüzyılın başına dek uzanmaktadır. Ancak yasa koyucunun yerel bir danışma referandumunu düzenlemesi 20. yüzyılın sonunu bulmuştur. 1992 yılında kabul edilen yasa ile önce yalnız belediyeler kapsamında öngörülen yerel danışma referandumunun kapsamı zamanla genişletilmiştir. 2003 yılındaki değişiklik ile de Anayasa madde 72-1’de kapsamı genişletilen bir dilekçe hakkı ve biri bağlayıcı biri danışma olmak üzere iki farklı tip yerel referandum tüm yerel yönetimler için öngörülmüştür. Bütün bu katılımcı demokrasi araçlarının kullanımı yargı denetimine tabi olduğundan, Fransız Danıştay’ının verdiği kararlarla birlikte hem yerel yönetimin referandum düzenlenmesine ilişkin işlemini, hem de referandumun sonucunu konu alan bir yargısal denetim rejimi oluşmuştur.

Anahtar Kelimeler : 1958 Fransız Anayasası, yerel yönetimler, yerel yönetimlerle güçlendirilmesi, katılımcı demokrasi, yarı doğrudan demokrasi, yerel referandum, dilekçe hakkı.

INTRODUCTION

La démocratie locale en France permet aux citoyens de participer et de s'exprimer dans la vie politique locale par de différents moyens: les conseils de quartier, les enquêtes publiques, les référendums locaux, les consultations... Parmi ces moyens, certains, le droit de pétition et le référendum local consultatif ou décisionnel, semblent privilégiés vu qu'ils sont énoncés dans l'article 72-1 de la Constitution¹, issu de la révision constitutionnelle de 2003². Le droit de pétition n'est pas évidemment limité au niveau local. C'est un droit reconnu au niveau constitutionnel de la Constitution de 1791 au Second Empire et depuis la 3^e République au niveau infra-constitutionnel et aujourd'hui règlementé par l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et par ses règlements.³ Le référendum est «une votation par laquelle les citoyens se prononcent par oui ou non à propos d'un texte»⁴ et si on parle d'un référendum consultatif, la réponse des électeurs n'a pas de valeur juridique contraignante mais plutôt une valeur politique. Mais tous ces concepts seront abordés ici dans leur sens dans le cadre de l'article 72-1, c'est-à-dire au niveau local.

Le droit de pétition dans le cadre de l'article 72-1 al. 1 permet aux électeurs d'une collectivité de demander l'inscription, à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité, d'une question relevant de sa compétence. Dans ce cadre, c'est un droit réservé aux électeurs inscrits sur les listes électorales de la collectivité à laquelle la pétition est adressée⁵.

¹ Article 72-1 de la Constitution du 4 octobre 1958: «La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence.

Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité.

Lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées. La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi.»

² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 *relative à l'organisation décentralisée de la République*, JORF du 29 mars 2003, p. 5568-5570.

³ FOREY, 2005, pp. 152-154.

⁴ AVRIL et a., 2001, p. 113.

⁵ KERNÉIS, p. 100.

Ce droit leur permet de déposer des demandes au près des assemblées délibérantes des collectivités locales. Quant au référendum local, l'alinéa 2 de l'article 72-1 prévoit que les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité. Cet article prévoit un référendum décisionnel dont le résultat est contraignant. Et finalement le dernier alinéa énonce un référendum consultatif spécifique : une consultation locale lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier l'organisation ou les limites d'une collectivité territoriale. Cette disposition était surtout envisagée pour la Corse et après l'échec de la consultation faite en vue de créer une collectivité territoriale unique qui viendra se substituer à la collectivité territoriale et aux deux départements de la Corse du Sud et de la Haute-Corse, cette disposition n'a pas trouvé à s'appliquer. Cependant, elle n'est pas la seule forme de consultation locale prévue par le droit français. La loi de 6 février 1992 prévoit une consultation locale pour les électeurs d'une commune concernant une question relevant de la compétence de cette commune.⁶ Suite aux législations postérieures, cette consultation est maintenant possible dans toutes les collectivités territoriales voire les établissements publics de coopération intercommunale.⁷

L'un des enjeux de la décentralisation est de développer la démocratie au niveau local. Pourtant, il n'est pas possible de parler d'une forme unique de démocratie. La démocratie représentative et la démocratie directe sont basées sur le principe de la souveraineté du peuple mais avec des modalités assez différentes et variées. La démocratie directe attribuée aux institutions athéniennes est basée sur l'idée que le peuple adopte directement ses propres lois. Par contre, la démocratie représentative prévoit l'exercice de cette souveraineté par les représentants élus par le peuple. La démocratie représentative, dans sa conception originale, contient une méfiance envers le peuple. Montesquieu admettait que le peuple n'était pas «propre à gérer par lui-même»⁸. La théorie de la souveraineté nationale de Sieyès est aussi

⁶ Loi n° 92-125 du 6 février 1992 *relative à l'administration territoriale de la République*, JORF du 8 février 1992, p. 2065-2066 (Art. 10, 21).

⁷ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales*, JORF du 17 août 2004, p. 14545 et s. (Art. 122).

⁸ MONTESQUIEU, 1826, p. 108.

devenu un moyen pour légitimer la démocratie représentative avec la notion abstraite de la Nation, qui dépasse et englobe le peuple. Les révolutionnaires, sans rester totalement fidèles aux idées de Sieyès⁹, les ont adoptées de sorte que les élus n'aient pas de contraintes durant leur mandat. La démocratie représentative est ancrée dans l'esprit constitutionnel français depuis la Révolution, comme prévoit la Constitution du 3 septembre 1791 «les fonctions des assemblées primaires et électorales se bornent à élire; elles se sépareront aussitôt après les élections faites» (art.1 sect. IV chap. 1er titre III).

Pourtant, cette dichotomie stricte entre une démocratie représentative et directe se dissout au niveau national grâce à la conception d'une démocratie participative semi-directe qui vise à intégrer les modalités de la démocratie directe dans la démocratie représentative. Dans la doctrine, la participation du citoyen était devenue un remède afin de faire disparaître les tensions sociales et de surmonter la crise de légitimité de systèmes politiques occidentaux au 20^e siècle.¹⁰ Ce changement d'esprit a trouvé son expression d'abord au niveau national avec le référendum constitutionnel prévu dans l'article 89 et le référendum législatif prévu dans l'article 11 de la Constitution de 1958.

Au niveau local, à part le système des «plus hauts imposés» de la loi 18 juillet 1837, qui est assez différent de notre perception contemporaine de la participation locale, il n'est pas possible de trouver une législation concernant un moyen direct d'expression pour les citoyens au niveau local antérieure à la Cinquième République.¹¹ Cependant, la recherche pour une démocratie locale qui donne plus d'occasions d'expression aux citoyens date de la Troisième République. Les référendums communaux se multiplient vers la fin de la 19^e siècle en raison du mouvement socialiste, mais ils sont considérés comme un danger et donc sont interdits par le ministre de l'intérieur en mars 1889 avec une circulaire qui demandent aux préfets de les annuler.¹² L'arrêt de Commune d'Aigre du Conseil d'État prouve l'existence de telles tentatives en même temps que la réticence des juridictions. Cet arrêt du 7 avril 1905 annule une délibération du conseil municipal d'Aigre

⁹ BRUNET, 2004, p. 30 et s.

¹⁰ CHEVALLIER, 1976, p. 85.

¹¹ FAURE, 2016, p. 224.

¹² LECLERC, p. 121.

visant à organiser un référendum décisionnel pour une affaire d'intérêt communal au motif que la loi attribuait la compétence non au peuple mais au conseil municipal. En adoptant une conception totalement représentative de la démocratie locale, le Conseil d'État nous donne avec cette décision un premier exemple de la réticence des juridictions administratives françaises. Il est aussi intéressant de voir dans les avis présentés par le ministère de l'Intérieur les craintes que suscite la consultation des administrés. Il existe une croyance selon laquelle ces consultations rendraient l'État ingouvernable et que les lois étant l'expression de la volonté générale, les moyens pour présenter les objections sont suffisantes pour la participation des citoyens.¹³ Sans doute, l'éventuelle transformation d'un référendum en un plébiscite effraye à cause de la pratique bonapartiste.¹⁴

La même conception était aussi dominante au niveau local même après l'adoption de la Constitution de 1958. Ceci est particulièrement important car, comme on vient de démontrer, la conception stricte de la démocratie représentative s'est affaiblie au niveau national avec la nouvelle constitution. Mais l'ancienne version de l'article 72 de la Constitution 1958 disposait : les collectivités «s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions fixées par la loi.» Cela témoigne de l'adhérence à une conception restrictive de la démocratie représentative au niveau local. En le comparant avec l'article 3 de la Constitution qui dispose que la souveraineté du peuple est exercée «par ses représentants et par la voie du référendum», une partie de la doctrine a analysé le silence de la Constitution comme l'expression d'une interdiction du référendum au niveau local.¹⁵ Au plan politique, les élus locaux étaient hostiles à une réforme permettant au référendum.¹⁶

Ainsi, le jugement du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion du 2 août 1982 annulant la délibération du conseil général de la Réunion

¹³ Avis du ministre de l'Intérieur dans l'affaire Commune d'Aigre «N'avez-vous pas des moyens plus sûrs de consulter l'opinion? Au lieu de regarder en Suisse, regardez donc en Angleterre ! Voyez ces meetings colossaux, ces pétitionnements monstres ! Faites-en autant, si vous voulez provoquer un mouvement d'opinion, et ne nous parlez plus de votre référendum qui n'aurait d'autre résultat que de rendre impossible tout gouvernement dans l'État et toute administration dans la commune. », cité par DELPECH, 1905, p. 388.

¹⁴ DELPECH, 1905, pp. 301-302.

¹⁵ VERPEAUX, 2002, p. 125.

¹⁶ PAOLETTI, 1999, pp. 225- 226.

par lequel il avait décidé de consulter la population réunionnaise était fondé notamment sur l'article 72 de la Constitution. Dans l'un de ces considérants, le Tribunal juge : «Qu'aux termes de l'article 72 de la Constitution, lesdits départements comme toutes les collectivités territoriales de la République, s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi; qu'il en découle qu'en l'état actuel, l'organisation par référendum des pouvoirs publics dans le cadre du département serait, hormis les cas très particuliers de modification territoriale, visée à l'article 53 de la Constitution et consécutive à des traités ratifiés ou approuvés en vertu d'une loi, entachée d'illégalité.»¹⁷.

Cependant, comme le jugement le constate, une particularité importante de la Constitution de 1958 dans sa version originale est l'article 53. Même si l'article ne concerne pas toutes les collectivités territoriales ou ne mentionne pas directement l'organisation du référendum, elle évoque «le consentement des populations intéressées» en matière de cession, échange ou adjonction de territoires. D'ailleurs le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 30 décembre 1975 sur la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores a jugé que les articles de la loi déferée permettant l'organisation d'un référendum décisionnel pour la cession du territoire «font une exacte application» de cette disposition.¹⁸

Au plan législatif, une disposition sur une consultation des électeurs concernant la fusion des communes est entrée en vigueur avec la loi du 16 juillet 1971 sur les fusions et les regroupements des communes¹⁹. Cette loi prévoyait que la fusion des communes pourrait être prononcée seulement avec le consentement des électeurs. L'article 8 de la loi disposait que la majorité absolue des suffrages exprimés correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits dans l'ensemble des communes

¹⁷ Tribunal Administratif de Saint-Denis de la Réunion, req. n° 19994, 02.08.1982, Cité par VERPEAUX, 2002, p. 125.

¹⁸ Conseil Constitutionnel, déc. n° 75-59 DC, 30.12.1975. Le Conseil Constitutionnel a aussi validé la loi du 6 avril 2000 prévoyant un référendum consultatif local à Mayotte avant le 31 juillet 2000 sur le devenir statutaire de l'île de Mayotte sur la base du deuxième alinéa de la préambule de la Constitution de 1958. V. Conseil Constitutionnel, déc. n° 2000-428 DC, 04.05.2000. Voir aussi PIASTRA, 2000, p. 12.

¹⁹ Loi n° 71-588 du 16 juillet 1971 *sur les fusions et regroupements de communes*, JORF du 18 juillet 1971, p. 7091-7093.

consultées doit être en faveur de la fusion de ces communes. Un avis conforme était donc nécessaire pour procéder à une fusion et cela donnait un caractère décisionnel à ce référendum. En tout cas, le référendum restait une pratique non reconnue juridiquement au niveau local sauf les questions d'organisation territoriale et le succès de cette pratique assez exceptionnelle n'a été que marginal²⁰.

Cependant, la pratique des référendums consultatifs existait au sein des communes. Tant que ces référendums n'étaient pas décisionnels, la compétence générale des collectivités dans les questions locales permettaient de procéder à de telles consultations. Elle était assez populaire à la fin du 19^e siècle et même deux thèses lui ont été consacrées.²¹ Le référendum local redevint populaire durant les décennies 70 et 80. Marion Paoletti constate qu'entre 1971 et 1993 il y a eu 202 référendums communaux²². Christophe Prémat en donne d'autres exemples en citant, parmi d'autres, un référendum organisé en octobre 1987 où huit communes ont refusé par référendum le projet de stockage de déchets radioactifs, et un autre en janvier 1991 où 67 communes se sont prononcées sur le maintien de l'hôpital de Sainte-Menehould²³. Ceci nous montre que les consultations portaient sur des sujets divers et parfois elles étaient organisées par la participation de plusieurs communes. Mais il ne faut aussi rappeler que certaines communes sont tellement peu peuplées que la participation des habitants n'a jamais posé un véritable problème.²⁴

Par ailleurs, le recours au référendum local était présent dans le discours politique. C'est grâce au Premier Ministre, Raymond Barre, qui a prononcé un discours favorable au référendum local en 1978 que le sujet rentre dans le discours politique²⁵. Suite à ce discours, le projet de loi «Bonnet-Bécam» introduisant un référendum local décisionnel a été déposé devant le Sénat mais il avait été rejeté avec les arguments d'ordre constitutionnel en interprétant l'article 72-1 de la Constitution comme une interdiction du

²⁰ PRÉMAT, p. 447-451.

²¹ PAOLETTI, 1999, p. 220.

²² Ibid.

²³ PRÉMAT, p. 203-204.

²⁴ PAOLETTI, 1999, p. 222.

²⁵ LECLERC, p. 121.

référendum au niveau local.²⁶ Parmi d'autres exemples, on peut citer Jacques Chirac, le maire de Paris, qui adressait au gouvernement pour organiser une consultation populaire sur le statut de Paris en juillet 1981 ou sénateur Charles Pasqua qui déposa une demande de discussion sur le sujet devant le Sénat.²⁷ Même si la réticence était assez importante, la pratique n'était pas complètement inexistante et les figures politiques continuaient à s'intéresser au sujet.

L'opposition à cette volonté de changement a été surmontée d'abord par la loi 6 février 1992 qui vise un référendum consultatif dans les communes, et ensuite avec l'article 72-1 issu de la révision constitutionnelle de 2003. Donc, tous les avancés faits à partir de la loi du 6 février 1992 méritent d'être examinés (I). Sans doute, cette expérience de démocratie locale participative depuis 1992 a donné lieu à la construction d'un régime du contentieux en matière des référendums locaux. (II).

I. DES RÉFORMES CONSIDÉRABLES POUR LA DÉMOCRATIE LOCALE PARTICIPATIVE : DE LA LOI DU 6 FÉVRIER 1992 A LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DE 2003

L'expérience française du référendum local a été dotée d'un cadre législatif important avec la loi du 6 février 1992 qui prévoit un référendum local consultatif, et ensuite avec d'autres lois qui ont élargi ce cadre (A). Ces lois sont particulièrement importantes pour comprendre la révision de 2003 car cette révision est bâtie sur l'expérience acquise après la loi du 6 février 1992. Ensuite, on peut enfin examiner les apports limités de la révision de 2003. (B)

A. La première expérience importante: un cadre législatif pour le référendum consultatif

La loi du 6 février 1992 marque une étape essentielle dans le passage à une nouvelle conception de la démocratie locale. La loi prévoyait une consultation des électeurs dans les communes sur les questions relevant de

²⁶ L'argument se basait sur l'article 72-1 de la Constitution qui prévoit que les VERPEAUX, 1996, p. 99.

²⁷ PAOLETTI, 1999, pp. 223-224.

la compétence de la commune. La consultation était seulement possible au sein des communes en premier temps. Pourtant, sa portée était notamment importante pour démontrer la volonté du législateur en faveur d'une démocratie plus participative au niveau local.²⁸ Pourtant, la terminologie adoptée démontre toujours assez adéquatement la résistance du législateur. Cependant, le mot «référendum» n'était jamais employé dans la loi ou dans les circulaires ; le terme «consultation» lui était préféré pour désigner ce mode de participation.²⁹ En outre, comme la norme constitutionnelle demeurait la même en ce qui concerne l'administration des collectivités par les conseils élus, la portée restait limitée et le référendum n'était pas décisionnel.³⁰ Ainsi, le but de la loi était une pratique de référendum consultatif déjà existante. Donc, sur le plan juridique, le résultat est un simple avis que l'administration n'était pas tenue de suivre. Mais en régulant cette pratique, la loi contribuait aussi à la légitimation de cette méthode qui avait été déclarée comme suspect par les juridictions administratives.³¹

Le cadre posé par la loi du 6 février 1992 pour les référendums consultatifs s'est élargi grâce aux nouvelles lois. Le champ d'application de cette loi était limité aux communes. Un premier élargissement est fait avec l'inclusion des établissements de coopération intercommunale à cette procédure de consultation en matière de projet d'aménagement grâce à la loi du 4 février 1995. Un deuxième est intervenu en 2004, avec l'élargissement de la procédure à toutes les collectivités territoriales dans toute matière relevant de leur compétence et la possibilité de déclencher un référendum sur la demande des électeurs.

Pour une démocratie participative, l'un des enjeux les plus importants est les moyens de la participation à la procédure. Vu que la réforme visait à faire davantage participer les citoyens à l'administration, l'initiative du référendum était importante. Dans la version originale, l'initiative

²⁸ Il faut noter ici que les élus locaux étaient hostiles à cette réforme en voyant une menace contre leur compétence. Voir PAOLETTI, 1999, p. 225.

²⁹ FOREL, 1992, p. 256 ; KOUBI, 1999, p. 198. Voir aussi L'article 21 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 *relative à l'administration territoriale de la République*, JORF du 8 février 1992, p. 2066-2067.

³⁰ Pourtant, le Conseil Constitutionnel n'a jamais directement prononcé sur la constitutionnalité d'un référendum consultatif local. VERPEAUX, 2000, p. 127.

³¹ AUBY, 1993, p. 37.

du referendum appartenait aux seuls conseillers municipaux. Mais la délibération était prise sur proposition, soit du maire, soit sur la demande écrite du tiers des conseillers dans les communes de 3 500 habitants et plus, de la moitié des conseillers dans les communes de moins de 3 500 habitants. Aujourd'hui, comme le référendum est possible dans toutes les collectivités territoriales, la délibération est prise dans les conseils municipaux, généraux ou régionaux soit sur la proposition de l'exécutif, soit le tiers des conseillers municipaux (la moitié dans les communes de moins de 3500 habitants), ou la commissions permanente du conseil général ou régional.

Sur ce point, la loi du 4 février 1995³², dite loi Pasqua, a apporté des avancées considérables en ouvrant l'initiative aux électeurs. Cette loi qui a ouvert la voie aux électeurs seulement en matière d'opération aménagement a été suivie par la loi du 13 août 2004³³ qui a rendu possible une telle demande sans limite *ratione materiae*. Ainsi, un cinquième des électeurs dans les communes et les établissements publics de coopération intercommunale, ou un dixième des électeurs dans les autres collectivités territoriales, peuvent demander l'inscription de la pétition dans l'ordre du jour. Dans la loi du 4 février 1995, la demande était inscrite directement à l'ordre du jour par le maire ou par le président de l'établissement public de coopération intercommunale (article R. 125-1-2, al. 3 Code des communes) ; mais cette inscription ne déclenchait pas directement un référendum. Cette avancée a été effacée par la loi du 13 août 2004.³⁴ Aujourd'hui l'électeur ne peut demander que l'inscription de sa demande à l'ordre du jour du conseil, et le conseil n'a pas obligation de faire droit à cette demande (Code général des collectivités territoriales (CGCT) L.1112-16 al. 4). Il peut donc choisir de ne jamais se prononcer sur cette demande de consultation. Cette approche restrictive encadre strictement ce droit en le rendant quasi inutile. Même si l'intention de la réforme est la participation du citoyen, le dernier mot appartient toujours aux élus pour l'organisation d'un référendum même

³² Loi n° 95-115 du 4 février 1995 *d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, JORF du 5 février 1995, p. 1973 et s.

³³ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales*, JORF du 17 août 2004, p. 14545 et s.

³⁴ La raison de ce pas en arrière se trouve dans l'inscription du droit de pétition dans la Constitution en 2003 avec une portée restrictive. Pour une explication détaillée voir *infra* C. 1.

consultatif. Le citoyen reste dépourvu d'une procédure qui est totalement à sa discrétion pour procéder à une consultation. Vu que le résultat de cette consultation n'est qu'un simple avis et que les élus sont toujours titulaires du pouvoir décisionnel, il est plus difficile de comprendre une telle réticence sachant que le résultat n'est qu'un avis simple. Il est vrai cependant qu'au plan politique il est difficile d'aller à l'encontre d'un avis exprimé directement par les électeurs surtout lorsque les élus souhaitent de se représenter pour un nouveau mandat.³⁵

En régulant les référendums consultatifs, le législateur a aussi tenté de les encadrer temporellement (CGCT art. L. 1112-21). Ces restrictions visent à éviter la démagogie et assurer que le référendum ne devienne pas un plébiscite par lequel les maires affirment leur légitimité ou consolident leur base électorale ou s'opposent à l'État mais une véritable consultation sur la politique en question.³⁶ Ainsi, aucun référendum n'est possible dans les six mois qui précèdent le renouvellement partiel ou total de l'assemblée délibérante, pendant les campagnes et les jours des scrutins des élections au suffrage universel direct ou indirect ou d'un autre référendum local (consultatif ou décisionnel).³⁷ De plus, plusieurs consultations sur le même objet sont interdites au moins pendant un an et si la consultation a été faite sur «initiative populaire», l'interdiction dure l'année suivante. Cette restriction a pour but de limiter l'utilisation de l'initiative populaire et éviter que le référendum ne devienne le mode normal d'administration locale.³⁸

Quant aux les consultés, la loi stipule que les électeurs sont titulaires de ce droit. Tous les principes du droit électoral relatifs à la désignation des électeurs sont applicables ici. Les citoyens européens sont spécialement concernés. L'article 88-3 de la Constitution envisage le droit de vote des citoyens européens aux élections municipales. Cela implique qu'ils doivent être consultés dans le cadre des référendums consultatifs organisés par les communes et aussi par les établissements publics de coopération intercommunale car ces établissements sont aussi fondés par les communes.

³⁵ FAURE, 2016, p. 234.

³⁶ RIHAL, 1996, p. 452.

³⁷ Aucune des lois ne faisait référence au référendum national pour l'encadrement temporel jusqu'à la loi de 13 août 2004 faisant référence à l'article LO 1112-6 du CGCT. Ceci peut être considéré comme un défi vu le but du législateur. VERPEAUX, 1996, p. 97.

³⁸ FAURE, 2016, p. 232.

Enfin, la loi prévoit que la consultation ne peut être faite que dans une matière relevant de la compétence de la collectivité. Le but est ici aussi d'encadrer les consultations afin d'éviter que ces référendums ne deviennent un moyen pour les collectivités de s'opposer à l'État ou à d'autres collectivités.³⁹ Cependant, la complexité de ce critère a donné naissance à plusieurs litiges que l'on va aborder dans la deuxième partie de ce travail.

Il est possible de constater que l'expérience du référendum consultatif, sans totalement éliminer les obstacles devant une démocratie participative, a contribué largement à la décentralisation et notamment à la réforme de 2003.

B. La révision constitutionnelle de 2003 : Des apports réels mais limités

La révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République est un tournant très important dans la décentralisation et le droit des collectivités territoriales. L'article 72-1 en est le fruit. Il comporte de plusieurs éléments : le droit de pétition au sens local (1), le référendum consultatif sur la création d'une collectivité du statut particulier (ou le référendum consultatif «statutaire» ou «organisationnel») (2) et finalement le référendum local décisionnel (3).

1) Le droit de pétition

Le droit de pétition est originairement un droit reconnu pour compenser les effets limitatifs du suffrage censitaire après la Révolution. Avec le triomphe du suffrage universel, le développement de la société civile, des média et du recours à la juridiction administrative, ce droit qui était le moyen principal pour faire une demande aux autorités publiques a perdu largement son utilité aujourd'hui ; d'autant que la pétition ne garantit jamais que la demande soit satisfaite. Elle est simplement un moyen pour l'individu de faire entendre ses problèmes aux autorités publiques.⁴⁰

Le droit de pétition de l'article 72-1 al. 1 est de portée restreinte. La version initiale du projet prévoyait une inscription automatique de la demande des électeurs à l'ordre du jour du conseil de la collectivité locale. Cependant,

³⁹ FAURE, 2016, pp. 233-234.

⁴⁰ FOREY, 2005, pp. 152-153.

le Sénat a rejeté cette approche en soutenant qu'une inscription automatique pourrait entraîner le harcèlement par les groupes de représentation et paralyser le bon fonctionnement des conseils.⁴¹ Comme Forey le montre, le Sénat protège certainement les élus locaux mais pas forcément les collectivités territoriales. Ce qui est difficile à comprendre dans cette approche du Sénat, c'est que même après une inscription automatique de la demande à l'ordre du jour, le dernier mot appartient toujours aux élus. En plus, avec un seuil raisonnable de nombre d'électeurs qui aurait pu être prévu par une loi organique, on aurait pu assurer que ce droit ne soit pas détourné par les groupes de pression. Une autre inquiétude des sénateurs était l'utilisation de cette disposition pour déclencher un référendum local mais même dans ce cas, la dernière parole appartenant aux élus, ceci n'aurait pas voulu dire un référendum local décisionnel complètement d'initiative populaire comme c'est le cas en Suisse.⁴²

Une deuxième restriction importante vise les personnes qui peuvent exercer ce droit de pétition. Traditionnellement, le droit de pétition est un moyen qui donne une voix, un ultime recours aux plus faibles dans la société⁴³. Sous la Révolution, il était considéré comme un droit naturel.⁴⁴ Mais l'article 72-1 de la Constitution réserve ce droit aux seuls électeurs. Avec le rejet de l'inscription automatique prévu par le projet initial, ce critère devient très restrictif pour un droit de portée si faible. En tant qu'un exemple contraire, on peut citer le Parlement Européen dans le cadre duquel le droit de pétition est accordé aussi aux ressortissants étrangers résidant dans un État membre⁴⁵.

En outre, la loi organique qui aurait dû fixer les conditions d'exercice de ce droit de pétition n'est pas encore adoptée. Le nombre des électeurs

⁴¹ JO, Doc., Sénat, rapport n° 27 (2002-2003) fait au nom de la commission des lois par M. René Garrec sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République.

⁴² FOREY, 2005, p. 160.

⁴³ DUBOURG-LAVROFF, 1992, p. 1736.

⁴⁴ FOREY, 2005, pp. 162-163.

⁴⁵ Article 227 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : «Tout citoyen de l'Union, ainsi que toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre, a le droit de présenter, à titre individuel ou en association avec d'autres citoyens ou personnes, une pétition au Parlement européen sur un sujet relevant des domaines d'activité de l'Union et qui le ou la concerne directement.»

nécessaires, les conditions de recevabilité restent toujours à déterminer. Cette absence peut être facilement interprétée comme un résultat de la portée restrictive de cette révision. Cependant, personne ne peut empêcher aujourd'hui que les citoyens fassent circuler une pétition entre eux pour la présenter au conseil de la collectivité territoriale.⁴⁶ Comme la pétition n'entraîne pas l'inscription automatique à l'ordre du jour, cela relève simplement de la liberté d'expression des citoyens. En tout cas, le maire peut ne pas l'inscrire à l'ordre du jour s'il ne la juge pas opportune. Il faut quand même noter ici que l'article 158 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie Française dispose que les pétitions seront recevables si elles sont signées par le dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales de la Polynésie française. Cet article peut être considéré comme une loi encadrant l'application de cette disposition constitutionnelle en Polynésie française.⁴⁷

Malgré l'absence de la loi organique, l'article 72-1 a un effet important sur la loi du 13 août 2004. Comme la Constitution ne permet pas l'inscription automatique à l'ordre du jour, la loi du 4 février 1995 qui permettait aux électeurs de faire inscrire une demande de consultation sur la matière d'aménagement à l'ordre du jour a été modifiée par la loi du 13 août 2004 et l'inscription automatique a été supprimée conformément à la Constitution.

Ainsi, au lieu de contribuer au développement d'une démocratie participative, le droit de pétition a causé la perte de certaines avancées sur ce point et montre le caractère lacunaire de cette révision.⁴⁸ Cependant, malgré cette opposition à la démocratie locale directe, la reconnaissance de ce droit au niveau constitutionnel a été accueillie favorablement par la doctrine.⁴⁹

2) Le référendum local consultatif «statutaire», «organisationnel» ou «territorial»

Comme évoqué *supra*, le référendum consultatif existait avant la révision constitutionnelle de 2003. Cependant, le champ d'application était limité à la fusion des communes et un référendum ne pouvait être organisé

⁴⁶ LUCHAIRE et a., 2003, p. 31.

⁴⁷ FOREY, 2005, p. 166.

⁴⁸ ORAISON, 2004, p. 7.

⁴⁹ VIALA, 2003, p. 17.

que sur une question relevant de la compétence des communes et en matière d'aménagement pour les établissements de coopération intercommunale. Entré en vigueur avec la révision constitutionnelle de 2003, le troisième alinéa de l'article 72-1 de la Constitution, prévoit que les électeurs peuvent être consultés pour doter la collectivité d'un statut particulier, l'organisation de la collectivité, ou leur territoire, des matières qui relèvent normalement de la compétence du législateur et une faculté qui avait été réservée aux collectivités d'outre-mer jusqu'à cette révision.⁵⁰

Une autre différence majeure par rapport à la consultation ordinaire est l'initiative de la consultation. Vu que son propre statut ne relève pas de la compétence de la collectivité, c'est le législateur qui déclenche la procédure et détermine ses modalités par une loi. Le résultat du référendum étant consultatif, le résultat n'est qu'un avis et c'est au législateur que revient le dernier mot.⁵¹ D'ailleurs, le mot «consultation» dans la deuxième phrase de l'alinéa le prouve.⁵² En outre, le texte n'est pas très clair sur le temps de la consultation mais la logique démocratique imposerait que la consultation soit tenue avant le vote de la loi sur le statut ou l'organisation de la collectivité.⁵³ Le législateur n'est pas tenu à organiser une consultation. Il peut ne pas le faire s'il le juge opportun. La Constitution ne lui impose aucune obligation dans le texte et malgré l'écriture en deux phrases de l'alinéa, les modalités de l'organisation d'un référendum consultatif statutaire ou organisationnel doivent être aussi considérées comme valables pour la consultation sur les limites territoriales de la collectivité.⁵⁴

Depuis l'entrée en vigueur de cette disposition, sa seule application a été le référendum en Corse. De même, la raison principale de la constitutionnalisation de la disposition peut être considérée comme l'organisation du référendum en Corse.⁵⁵ En effet, en vertu de la loi n° 2003-486 du 10 juin 2003, une consultation avait été organisée en Corse

⁵⁰ VIALA, 2003, p. 15.

⁵¹ La réforme, bien qu'elle soit assez encadrée, a quand même causé des soucis parmi les parlementaires concernant le caractère non contraignant de l'avis et la réservation de l'initiative au législateur. VIALA, 2005, p. 14.

⁵² VERPEAUX, 2003, p. 544.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ VERPEAUX, 2003, p. 545.

le 6 juillet 2003. Malgré les efforts du gouvernement qui date même avant la révision constitutionnelle, la population de la Corse a prononcé contre cette modification du statut⁵⁶ et depuis cet échec, aucun référendum n'a été organisé sur le statut d'une collectivité métropolitaine.

Quant aux consultations sur les limites territoriales des collectivités, la disposition légale concernant la fusion des communes datait d'avant cette révision. Mais avec cette révision, une consultation facultative pour toutes les collectivités et pour tout changement de territoire était prévue, dont le caractère facultatif a été affirmé par la décision QPC du Conseil Constitutionnel en 2010.⁵⁷ Ainsi, le Conseil l'a réaffirmé dans sa décision n° 2014-709 DC concernant la nouvelle délimitation des régions⁵⁸. La possibilité d'un contrôle de conventionnalité par rapport à l'article 5 de la Charte Européenne de l'autonomie locale existait théoriquement⁵⁹ mais le Conseil d'État a refusé de faire un tel contrôle parce que selon la Haute Juridiction, c'est un moyen tiré de la procédure d'adoption de la loi.⁶⁰ Mais cette procédure nécessite aussi des clarifications au regard des dispositions du code général des collectivités territoriales sur le même sujet. Ces dispositions n'évoquent pas la démarche à suivre au cas où le législateur déciderait de consulter les électeurs de la collectivité.⁶¹ Il peut choisir le temps, le lieu de la consultation et le législateur jouit d'une liberté totale sur cette question. Cette liberté peut donner lieu à des situations dans lesquelles on devra procéder à une solution au cas par cas, donc chaque loi prévoyant une telle consultation devra établir une procédure particulière.⁶² Pourtant, cette approche manquerait certainement de sécurité juridique. En tout cas, 13 ans après la révision de 2003, vu le caractère consultatif affirmé par les juridictions, le choix du gouvernement de ne pas procéder à une consultation pour la loi du 16 janvier 2015 concernant la délimitation des régions fait penser que dans un pays traditionnellement centralisée comme la France,

⁵⁶ PELLEGRINETTI, 2004, pp. 169-183. ⁵⁷ 180 bulletins (50,98%) pour le «non», et 54 990 bulletins pour le «oui» (49,02%).

⁵⁷ Conseil Constitutionnel, déc. n° 2010-12 QPC, 12.07.2010, considérant 3.

⁵⁸ Conseil Constitutionnel, déc. n° 2014-709 DC, 15.01.2015, considérant 5.

⁵⁹ VERPEAUX, 2015, p. 2074.

⁶⁰ Conseil d'État, 3^e / 8^e sous sections réunies, req. n° 393026, 27.10.2015

⁶¹ VERPEAUX, 2003, p. 545.

⁶² VERPEAUX, 2004, p. 419.

ce mécanisme ne sera pas utilisé sauf dans des cas politiquement sensibles comme celui de la Corse.

3) Le référendum local décisionnel

Le référendum local décisionnel est l'apport le plus important de la révision constitutionnelle de 2003 du point de vue démocratie locale participative. A la différence de la consultation locale, ici les électeurs ont le dernier mot. Ce n'est plus un avis ; il a la même valeur juridique qu'une délibération ou un acte adopté par les organes de la collectivité territoriale. On peut remarquer ici l'utilisation expresse du terme «référendum» dans le texte qui marque le caractère décisionnel de la procédure.

Le deuxième alinéa de l'article 72-1 encadre ce référendum. En vertu de cet alinéa, le référendum peut être organisé seulement pour les projets qui relèvent de la compétence des collectivités territoriales⁶³. En plus, le texte dispose que toutes les collectivités territoriales peuvent organiser ce référendum là. Mais, les consultations locales n'étaient pas ouvertes aux départements et régions auparavant. Cependant, ceci implique en même temps l'impossibilité pour les établissements publics de coopération intercommunale d'organiser un référendum décisionnel parce qu'ils ne sont que des établissements publics et ne font pas partie des collectivités territoriales énumérées exhaustivement à l'article 72 de la Constitution.⁶⁴ De même, comme le Conseil Constitutionnel l'affirme, la Nouvelle Calédonie au terme de l'article 72, n'étant pas une collectivité territoriale, elle ne peut pas organiser un référendum local en vertu de l'article 72-1.⁶⁵

Une autre limite prévue par la disposition constitutionnelle concerne les personnes autorisées à voter dans ces référendums. L'article précise que le projet est soumis aux électeurs de la collectivité. Vu le caractère décisionnel du référendum, cette restriction est logique. Il faut préciser que les citoyens de l'Union résidant en France sont titulaires d'un droit de vote aux élections

⁶³ L'ambiguïté de cette condition est l'une des ressources principales des contentieux. Voir II.

⁶⁴ En vertu de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. VERPEAUX, 2003, p. 544.

⁶⁵ DELVOLVÉ, 2004, p. 10. Voir aussi Conseil Constitutionnel, déc. n° 2003-482 DC, 30.07.2003.

municipales, donc ils sont des électeurs au niveau communal. Conformément à cette exigence, la loi organique du 1 août 2003 relative au référendum local précise que les citoyens de l'Union peuvent voter aux référendums du niveau communal (CGCT art. LO 1112-11).⁶⁶

Quant à la loi organique du 1 août 2003 relative au référendum local, elle comprend une section intitulée «le référendum local» sous un chapitre II du code général des collectivités territoriales concernant la participation des électeurs au niveau local. L'initiative du référendum pose un grand enjeu pour le déroulement de cette pratique comme pour le référendum consultatif. Concernant l'initiative populaire, on a déjà vu que les restrictions introduites par le Sénat au projet de révision ont rendu cette possibilité complètement dépendante du choix de l'exécutif de la collectivité. Rien n'empêche qu'une pétition signée par les électeurs soit à l'origine du référendum⁶⁷ mais l'inscription de cette demande à l'ordre du jour dépend de l'exécutif de la collectivité qui peut ou non l'inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante.

L'un des grands enjeux concernant l'initiative est dû au champ d'application large déterminé par la Constitution. En englobant les actes et les délibérations en même temps, l'article donne une large marge au législateur.⁶⁸ Comme les actes de l'exécutif et les délibérations peuvent faire l'objet d'un référendum selon la Constitution⁶⁹, il faut songer d'abord à la réponse d'une question principale : qui peut être à l'origine de la demande d'un référendum concernant ces actes et délibérations? On trouve la réponse dans la loi. Elle dispose que «l'exécutif d'une collectivité territoriale peut seul proposer à l'assemblée délibérante de cette collectivité de soumettre à referendum local tout projet d'acte relevant des attributions qu'il exerce au nom de la

⁶⁶ Voir aussi Conseil Constitutionnel, déc. n° 2003-482 DC, 30.07.2003, considérant 14.

⁶⁷ FAURE, 2016, p. 238.

⁶⁸ MELLA, 2003, p. 1141.

⁶⁹ Il faut ici évoquer l'article L. 135-1 du code des relations entre le public et l'administration. L'article n'évoque que des projets de délibération concernant les référendums locaux. Pourtant, il fait référence au code général des collectivités territoriales pour les modalités du référendum. Malgré la fameuse règle *lex posteriori derogat priori*, la Constitution citant explicitement les projets d'actes avec les délibérations comme des normes qui peuvent faire objet d'un référendum et la disposition elle-même faisant référence à la loi organique qui prévoit un référendum pour les projets d'actes, on ne devrait pas conclure que le nouveau code limite les référendums locaux aux projets de délibération.

collectivité.» (CGCT art. LO 1112-2) Par interprétation *a contrario*, on arrive à la conclusion que l'assemblée délibérante ne peut pas proposer un référendum sur une question relevant du champ d'application de l'exécutif. Donc, l'organe délibérant ne peut proposer un référendum que sur un projet de délibération. Cependant, rien n'empêche l'exécutif de convoquer l'assemblée délibérante pour un référendum sur un projet de délibération car le pouvoir exécutif de la collectivité peut réunir l'organe délibérant «chaque fois qu'il le juge utile»⁷⁰ (CGCT art. L. 2121-9, L. 3121-9 et L. 4132-8) Quant à la décision finale d'organiser un référendum, la loi est claire. C'est l'assemblée délibérante qui décide de soumettre le projet au référendum. (CGCT art. LO 1112-1). Son choix est libre et donc aucun référendum n'est possible sans le consentement des élus et aucun texte législatif ou réglementaire n'impose à l'assemblée de motiver son refus.⁷¹ Le nouveau code des relations entre le public et l'administration n'a pas prévu une telle obligation non plus car en vertu de l'article L211-2 de ce code le refus d'organiser un référendum ne fait pas partie du champ d'application matériel de l'obligation de motivation pour une décision défavorable.⁷²

⁷⁰ FAURE, 2016, p. 237-238; MELLA, 2003, p. 1141.

⁷¹ MELLA, 2003, p. 1141.

⁷² L'article L211-2 du code des relations entre le public et l'administration dispose: «Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent.

A cet effet, doivent être motivées les décisions qui:

1° Restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police;

2° Infligent une sanction;

3° Subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions;

4° Retirent ou abrogent une décision créatrice de droits;

5° Opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance;

6° Refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir;

7° Refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions du a au f du 2° de l'article L. 311-5;

8° Rejetent un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire.» Force est de constater que le refus d'organiser un référendum ne fait pas partie des décisions énoncées dans l'alinéa 2 de cet article.

Avec la décision d'organiser le référendum, l'organe délibérant fixe «les modalités d'organisation du référendum local, fixe le jour du scrutin (...) convoque les électeurs et définit la question qui leur est posée (...)» en vertu de l'article LO 1112-3 du code. Cependant, il y a une incertitude sur le nombre de délibérations à adopter. Est-ce que cette délibération est la même délibération qui décide l'organisation du référendum ou est-ce qu'il existe deux délibérations : une décidant l'organisation du référendum et l'autre, les modalités de l'organisation? Tandis que les alinéas 2 et 3 de l'article LO 1112-3 mentionnant à la fois l'obligation pour l'organe exécutif de la collectivité de transmettre au représentant de l'État «la délibération prise en application de l'alinéa précédent» et la possibilité pour le préfet de la déférer au tribunal administratif évoque une seule délibération, l'article LO 1112-4 alinéa 1 renvoie explicitement à «la délibération décidant d'organiser un référendum local» et LO 1112-6 alinéa 2, à «la délibération organisant un référendum local». Dans un premier temps, cela peut nous conduire à croire que deux délibérations différentes existent.⁷³ Mais en pratique, on voit que les assemblées délibérantes fixent tous ces détails dans la même délibération⁷⁴. Cela semble plus logique vu que la décision d'organiser un référendum ne peut pas être imaginée séparément de la question posée et de ses modalités. Le contraire aboutirait aux situations où les élus votent pour un référendum sans avoir un consensus sur la question exacte à poser aux électeurs et on pourrait se trouver dans un «purgatoire juridique» où le référendum ne peut pas être organisé car les élus ont voté pour l'organisation du référendum mais n'ont pas pu mettre d'accord sur ses modalités.

Cette délibération sur le référendum peut faire objet d'un déféré préfectoral. Elle est transmise par l'organe exécutif dans un délai de huit jours au représentant de l'État dans la collectivité qui dispose d'un délai de dix jours pour la déférer au tribunal administratif s'il l'estime illégal, et il peut également demander sa suspension. (CGCT LO 1112-3) Pour la demande de suspension, le tribunal a un délai d'un mois pour statuer sauf en cas de menace pour l'exercice d'une liberté publique et individuelle auquel cas il ne dispose que de 48 heures. En outre, il peut décider la suspension

⁷³ MELLA, 2003, pp. 1142-1143.

⁷⁴ Voir extrait de la délibération du Conseil général du département du Bas-Rhin, Réunion du 25 Janvier 2013, N° CG/2013/2, URL : http://www.bas-rhin.fr/webdelib/files/unzip/seance_74991/16_d1359974325534.pdf

en cas de doute sérieux d'illégalité. On voit ici un régime d'exception par rapport au régime ordinaire de suspension. Le juge dispose moins de temps à décider afin d'accélérer la procédure et d'empêcher que le référendum soit organisé avant ce délai. En plus, le contrôle du juge comprend non seulement la délibération décidant le référendum mais aussi le projet d'acte soumis au référendum (LO 1112-3 dernier alinéa).⁷⁵)

Ce référendum, comme le référendum consultatif, il heurte aux restrictions temporelles. Il ne peut pas être organisé pendant la campagne ou le jour de scrutin prévu pour le renouvellement général ou le renouvellement d'une série des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, le renouvellement général des députés, le renouvellement de chacune des séries des sénateurs, l'élection des membres du Parlement européen, l'élection du Président de la République, un referendum décidé par le Président de la République. On peut facilement constater que le référendum local décisionnel est très minutieusement encadré temporellement pour qu'il n'empiète pas sur une autre occasion par laquelle le peuple se prononce. En outre, une collectivité territoriale ne peut organiser plusieurs référendums locaux portant sur un même objet dans un délai inférieur à un an (CGCT LO 1112-6) afin d'empêcher les collectivités de répéter le même référendum pour forcer un résultat précis. La loi dispose que si un référendum est organisé sans respecter ces délais, la délibération devient caduque. Comme il n'existe qu'une seule délibération sur le référendum, toutes les modalités et même la décision pour organiser le référendum sont aussi frappées de caducité. Ici, la loi procède à une distinction: si les conditions qui interdisent l'organisation du référendum sont connues à la date de la délibération, on doit évoquer l'illégalité de la délibération, et les juridictions doivent le prononcer. Cependant, si ces conditions se produisent après l'adoption de la délibération, on peut constater que la délibération devient caduque. C'est un cas rare en droit public et ici, elle est prévue par la loi et lorsque la caducité se produit, il n'y a plus lieu de se préoccuper des délais consécutifs à la décision.⁷⁶

La loi et la réglementation encadrent aussi la campagne et l'information données aux électeurs. L'article LO 1112-10 de CGCT dispose les

⁷⁵ DELVOLVÉ, 2004, p. 12.

⁷⁶ Ibid.

conditions selon lesquelles les élus et les partis politiques peuvent participer à une campagne pour le référendum. Pour les partis politiques, la loi essaie de limiter leur participation en fixant des seuils de représentation au sein des conseils ou un pourcentage nécessaire de suffrages exprimés dans les dernières élections locales. Le but est évidemment de créer une campagne bien encadrée et non dominée par les minorités au sein des collectivités. Les informations données aux électeurs sont mises à disposition dans un dossier d'information. Le décret du 4 mai 2005 fixe les règles d'accès du public dans l'article R. 1112-2 et le contenu du dossier étant composé du texte de la question, le projet d'acte soumis au vote et un rapport exposant les motifs et la portée du projet, ce qui correspond à l'obligation d'information des membres des assemblées locales avant leurs délibérations.⁷⁷ Le dossier doit aussi explicitement évoquer le caractère décisionnel du référendum. Ces modalités ont une importance essentielle pour assurer que le référendum reste strictement encadré sur le projet sans devenir un plébiscite. Notamment, l'obligation d'afficher les dossiers à chaque commune au sein de la collectivité rend toute cette information plus accessible pour l'administré.

Bien que toutes les collectivités puissent décider d'organiser un référendum, le scrutin doit être organisé par les maires selon la loi. Pourtant, il n'est que l'exécuteur de la délibération. Malgré cette obligation, le maire peut être réticent à l'organisation du référendum car il peut juger que le projet soumis a des effets négatifs sur sa commune. En cas de refus, la loi prévoit que c'est le représentant de l'État dans la collectivité qui prend charge d'office. Le professeur Delvolvé s'interroge si cela doit être le préfet du département ou de la région qui prend la charge en cas d'un référendum régional. Le manque de précision nous conduit à constater que cela doit être le préfet de la région.⁷⁸ Si c'était toujours le préfet de département, le législateur aurait pu employer directement le terme des préfets des départements au lieu d'écrire le terme général «le représentant de l'État» vu que ce problème peut apparaître seulement pour les collectivités au niveau départemental et régional. A part cela, il faut aussi remarquer qu'ici on rencontre un cas où le maire est substitué par le représentant de l'État. C'est pourquoi dans un premier temps, il peut paraître problématique par rapport au principe de la libre administration.

⁷⁷ VERPEAUX, 2005, p. 811.

⁷⁸ DELVOLVÉ, 2004, p. 13.

Mais une situation de refus d'organisation de référendum est une exception légitime et en plus, elle a été validée par le Conseil Constitutionnel en vertu du principe de la libre administration.⁷⁹ Force est de constater la spécificité de ce cas de substitution. Ici, le représentant de l'État remplace le maire non pour une compétence qu'il a au nom et pour compte de sa propre commune mais pour une l'exercice d'une attribution qu'il exerce au nom et pour le compte d'une autre collectivité territoriale.⁸⁰ Donc, ceci reste une procédure de substitution limitée et assez particulière.

La question de financement de cette procédure est un autre aspect essentiel de l'organisation. L'article LO 1112-5 du CGCT prévoit ainsi: «les dépenses liées à l'organisation du référendum constituent une dépense obligatoire de la collectivité territoriale qui l'a décidée». Naturellement, même si le scrutin est organisé par les maires, les dépenses sont endossées par les collectivités territoriales qui ont décidé de procéder à un référendum. Ceci constitue une exception par rapport au régime électoral habituel car en principe, que ce soit local ou national, toutes les élections sont prises en charges par l'État.⁸¹ On voit ici un reflet du principe de la libre administration en même temps que la spécificité de cet exercice que le législateur essaie de limiter dans le cadre local. Évidemment, cette disposition est aussi un facteur qui conduirait les élus locaux à procéder à une décision de référendum plus attentivement et restreindre le nombre de référendums car le scrutin est une procédure assez coûteuse.

Concernant les préparations et le jour de scrutin, la loi organique fait référence au code électoral. Donc, à part les exceptions énumérées, le scrutin du référendum local est soumis au code électoral du droit commun en vertu de l'article LO. 1112-12. La disposition prévoit que le chapitre VI, intitulé «Vote», du titre 1er du livre 1er de la partie législative du Code électoral est applicable. On y trouve les réglés relatives aux opérations préparatoires au scrutin, aux opérations de vote et au vote par procuration. Quant à la partie réglementaire, c'est le décret du 4 mai 2005 qui rend applicable les articles R. 40 et suivants du code électoral à l'exception de certains articles comme R. 55 concernant les bulletins de vote.⁸²

⁷⁹ Conseil Constitutionnel, n° 2003-482 DC, 30.07.2003.

⁸⁰ DELVOLVÉ, 2004, p. 15.

⁸¹ MELLA, 2003, p. 1148.

⁸² VERPEAUX, 2005, p. 812.

Finalement, le projet soumis à référendum peut être adopté seulement si au moins la moitié des électeurs inscrits participe et si plus de la moitié des suffrages exprimés prononcent en faveur du projet. Un tel taux de participation est nécessaire pour éviter que la décision d'une minorité soit imposée⁸³. En même temps, cela aussi peut décourager les élus d'organiser un référendum vu qu'à la fin une coûteuse opération, sans taux de participation suffisant, le référendum n'aura pas de valeur décisionnelle. La condition du taux de participation peut aussi conduire à des anomalies. Supposons deux cas : Dans le premier cas, 50% des électeurs inscrit s'expriment et la moitié s'exprime en faveur du projet. Comme la condition est atteinte, le référendum est valable et le projet est adopté. Quand on calcule, on voit que le projet est adopté par l'accord de 25% des électeurs. Dans le deuxième cas, 49,9% des électeurs inscrits s'expriment au référendum et ils se prononcent tous en faveur de l'objet. Le projet n'est pas adopté parce que la moitié des électeurs ne s'est pas exprimé. Pourtant comme tous se sont prononcés en faveur du texte, 49,9% des électeurs inscrits se sont prononcés en faveur du texte. Cela correspond à un plus grand nombre d'électeurs par rapport au premier exemple mais le projet n'est pas adopté dans le deuxième cas. Nous pensons qu'il vaudrait mieux adopter un autre critère qui sera appliqué de façon alternative à celui qui existe. Ce critère alternatif peut prendre en considération le pourcentage des électeurs exprimés en faveur du texte. Grâce à ce critère, même si, disons, 48% des électeurs vont aux urnes, si les suffrages exprimés en faveur du texte dépassent ce taux qui sera fixé par le législateur organique, par exemple 40% des suffrages exprimés, l'acte sera adopté. Mais comme ces critères seront appliqués alternativement, si le taux de participation dépasse la moitié des électeurs inscrit, ce critère ne sera pas appliqué. Cela pourrait éviter ce type d'anomalie et encourager plus les référendums locaux tout en évitant la domination d'une minorité négligeable.

Force est de constater que les modalités de la démocratie locale participative se sont beaucoup développées surtout avec la révision constitutionnelle de 2003 malgré les limites qui encadrent la pratique. L'une des limites les plus importantes encadrant cette pratique est sans doute le contrôle juridique.

⁸³ VERPEAUX, 2015, p. 123.

II. UN RÉGIME DÉVELOPPÉ DU CONTENTIEUX

Ce régime des référendums consultatifs et décisionnels est exercé sous le contrôle des juridictions administratives. Un contrôle juridique de ces actes est nécessaire vu les premières pratiques des maires qui tendent à organiser des plébiscites en dépassant les compétences de leur collectivité après la loi de 6 février 1992.⁸⁴ Il est aussi indispensable en vertu dans un État de droit. Grâce au législateur mais aussi au juge, il existe un contentieux de la délibération décidant le référendum (A), et du référendum et de son résultat (B).

A. Une jurisprudence riche sur la légalité de la délibération décidant l'organisation du référendum

Quand la loi du 6 février 1992 est entrée en vigueur, elle était silencieuse sur les possibilités de contestation de la délibération. C'est le juge administratif qui a développé une jurisprudence assez riche surtout grâce aux litiges concernant le champ d'application matériel de ce référendum consultatif. Comme on l'a déjà précisé, le code général des collectivités territoriales évoque explicitement la possibilité d'un recours contre la délibération par le déféré préfectoral et par les administrés pour le référendum consultatif et décisionnel.

L'une des premières décisions du Conseil d'État sur la recevabilité d'un recours contre ces délibérations concernait un référendum consultatif dans la Commune d'Avrillé sur un projet d'autoroute traversant cette commune. Le conseil municipal de la commune a décidé d'organiser un référendum consultatif sur la question suivante : «Considérez-vous que la politique d'urbanisme, d'environnement et de qualité de la vie conduite par les municipalités successives est compatible avec le passage d'une autoroute urbaine sur le territoire d'Avrillé au Sud comme au Nord?» Suite à un déféré préfectoral, l'affaire a été soumise au Conseil d'État.⁸⁵

Dans un premier temps, le Conseil d'État a déclaré la requête recevable. Ceci est particulièrement important vu que la délibération peut être facilement considérée comme un acte préparatoire qui organise un référendum consultatif qui n'aboutit qu'un acte ne faisant pas grief. Ceci

⁸⁴ FRANCOU, 2000, pp. 5-6.

⁸⁵ Conseil d'État, Commune d'Avrillé, n° 146832, 16.12.1994.

était l'un des arguments soulevés par la commune.⁸⁶ Le Conseil d'État a soutenu que l'acte n'est pas un acte préparatoire mais un acte faisant grief. Il existe évidemment un enjeu pratique dans cette approche. Une appréciation différente aurait fait échapper complètement, l'organisation des référendums au contrôle du juge administratif.⁸⁷ En même temps, ceci ne signifie pas que le Conseil qualifie l'acte comme un acte décisoire. Ici, le Conseil d'État qualifie la délibération comme un acte faisant grief car «elle a pour effet d'enclencher le processus référendaire, parce qu'elle produit dans l'esprit des électeurs des confusions quant à la répartition des compétences entre l'État et la collectivité communale, parce qu'elle porte atteinte, indirectement, au principe de cette répartition, sans pour autant affecter l'ordonnancement juridique.»⁸⁸ En effet, de ce point de vue, la décision de recevabilité dépend aussi de la décision sur le fond.

Le Conseil d'État tranche la question sur le fond en décidant que la question posée aux électeurs ne relevait pas de la compétence des communes. Cette condition est particulièrement importante car elle est toujours une condition pour les référendums consultatif et décisionnel prévu dans le code général des collectivités territoriales⁸⁹. Il est évident que les juges adoptent une approche restrictive sur le sujet. Le commissaire du gouvernement a soutenu cette approche s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi. En effet, le gouvernement s'était opposé à un amendement déposé par un sénateur sur l'élargissement de la portée de la consultation à toutes affaires «intéressant» la commune. La raison de ce rejet se trouvait dans le désir de limiter le champ d'application car une telle affirmation aurait créé une confusion concernant la portée de la consultation en ouvrant la voie aux affaires qui ne relèvent pas de la compétence de la commune mais qui l'intéresse directement ou même indirectement.⁹⁰

⁸⁶ SOUBELET, 1993, pp. 156-158.

⁸⁷ RIHAL, 1996, p. 453.

⁸⁸ KOUBI, 1995, p. 16.

⁸⁹ Pour les référendums locaux, l'article LO1112-1 de la CGCT dispose: «L'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale peut soumettre à référendum local tout projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de cette collectivité.» et concernant les consultations l'article L1112-15 dispose : «Les électeurs d'une collectivité territoriale peuvent être consultés sur les décisions que les autorités de cette collectivité envisagent de prendre pour régler les affaires relevant de la compétence de celle-ci.»

⁹⁰ JO Sénat, séance du 13 juin 1991, pp. 1629-1631.

Les juridictions administratives ont rendu d'autres arrêts à propos de questions semblables. Une consultation sur le maintien sur place de ressortissants de l'État du Surinam provisoirement déplacés avaient été jugé comme relevant de la compétence de l'État car elle portait sur «le principe du maintien sur le territoire national de populations étrangères».⁹¹ Une autre consultation sur la condition d'attribution des logements sociaux à des étrangers a aussi été annulée par le Conseil d'État car il a jugé qu'elle ne portait pas sur la compétence de la commune.⁹² De même pour un projet de TGV.⁹³ On peut dire que ces affaires possèdent plutôt des caractères plébiscitaires sur les politiques déterminées par l'État ayant des conséquences sur les communes.⁹⁴ Donc, la juridiction administrative, par un réflexe qui a servi à encadrer cette pratique, a tenu une approche restrictive de la notion de compétence des communes.

Cette approche restrictive n'empêche pas toutes les consultations sur les décisions qui nécessitent une intervention de l'État. Dans un arrêt, le Conseil d'État a soutenu que l'intervention d'autres autorités que l'autorité communale n'entraîne pas automatiquement l'illégalité de la consultation.⁹⁵

⁹¹ Conseil d'État, Commune Awala-Yalimapo, n° 148995, 16.11.1994.

⁹² Conseil d'État, Commune Charvieu-Chavagneux, n° 198237, 21.06.2000.

⁹³ Conseil d'État, Commune de Ventabren, n° 150163, 14.04.1995. Pour un autre exemple plus récent voir aussi Cour Administrative d'Appel de Paris, n° 06PA04004, 09.10.2007. L'arrêt annule une délibération du conseil municipal d'Ivry-sur Seine au motif que le schéma d'organisation sanitaire relève de la compétence de l'État.

⁹⁴ Tribunal Administratif de Lille, Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, 16.07.1992, Recueil, p. 619. La question posée était: «Votre maire a récemment décidé de mettre en évidence auprès des Pouvoirs Publics des problèmes observés sur le territoire de la commune d'Hautmont. Êtes-vous d'accord avec cette décision?» Donc portant sur une décision déjà adoptée par le maire, le caractère plébiscitaire de la consultation est évidente. VERPEAUX, 1996, p. 101. Cependant, il faut distinguer les consultations locales en vertu du code générale des collectivités territoriales des consultations locales sur les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement en vertu de la l'article L. 123-20 du code de l'environnement. Ces consultations sont organisées directement par l'État concernant un sujet relevant de la compétence de l'État mais qui a un effet environnemental sur un territoire. D'ailleurs, tel était la méthode choisie pour la consultation concernant l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes. Voir aussi Conseil d'État, Association intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et autres, req. n° 400364, 400365, 20.06.2016.

⁹⁵ Conseil d'État, Association de défense contre l'implantation d'une grande surface en centre-ville de Saint-Michel-de-Maurienne, req. n° 161197, 01.03.1996.

Ainsi, une compétence principale sur le domaine est suffisante et une compétence exclusive n'est pas nécessaire.

Une autre question essentielle concernant la portée du référendum est la nature des actes qui peuvent être soumis à la consultation. Pour le référendum local décisionnel, l'article LO 1112-2 du CGCT pose une limite : Les actes individuels relevant de la compétence de l'exécutif de la collectivité ne peuvent pas être soumis au référendum. La raison principale était de ne pas mettre en danger les droits des individus en en faisant l'objet d'un référendum.⁹⁶ Cependant, une telle limite n'est pas imposée pour les référendums consultatifs. Cette lacune a bien entendu été à la source de litiges et ; elle a notamment donné lieu à l'arrêt Géniteau du Conseil d'État. Dans cette affaire, le conseil municipal avait décidé de soumettre à la consultation une question concernant la délivrance d'un permis de construire à un nouveau promoteur suite à l'annulation contentieuse d'un précédent permis. De plus, la question de délivrance de permis étant un domaine de compétence liée, le juge exprime aussi tacitement la légalité des consultations concernant les actes adoptés dans un domaine de compétence liée.⁹⁷ Ceci pose évidemment un problème vu que l'Administration est tenue de décider d'une façon prédéterminée dans le cas d'une compétence liée. Mais en même temps, vu le caractère simplement consultatif du référendum consultatif et le silence du législateur sur le sujet, on pourrait facilement arriver à la conclusion qu'une telle consultation doit être autorisée.

Finalement, un dernier point important sur le contentieux concernant la délibération porte sur la suspension des décisions. La manque d'un régime spécial a donné des conséquences anormales comme dans l'arrêt de la Commune d'Avrillé où le juge annule une consultation (qui ne donne lieu qu'un simple avis !) après l'organisation du référendum. En mettant à côté ses conséquences juridiques, l'annulation d'un référendum ayant été déjà organisé peut avoir des conséquences politiques graves en provoquant une réaction chez les habitants contre l'État. Toutes ces anomalies ont suscité le législateur à adopter un régime dérogatoire pour le recours en suspension sur le déferé préfectoral (voir *supra*).

⁹⁶ DELVOLVÉE, 2004, p. 8-9.

⁹⁷ TOUVET et a., 2001, s. 339.

B. Un régime de contentieux limité portant sur le référendum et son résultat

La contestabilité du résultat du référendum décisionnel et celle du référendum consultatif sont différentes car la nature de ces deux référendums est différente au niveau de leurs résultats.

Concernant le référendum consultatif, le législateur ne prévoit aucun moyen de recours contre le résultat. Le juge administratif aussi s'inscrit dans cette position.⁹⁸ Cette position peut s'expliquer notamment par la nature de la décision adoptée. Le résultat du référendum produit un acte ne faisant pas grief. N'ayant pas de conséquence juridique importante, le législateur a choisi de ne pas consacrer un contentieux sur le résultat. Pourtant, aucun contentieux électoral n'existe non plus. L'absence d'un tel contentieux a des conséquences surtout au niveau politique car même si la décision n'a pas d'effet juridique contraignant, la reconnaissance de la procédure lui donne une légitimité au niveau politique mais sans l'encadrement juridique nécessaire, cette légitimité peut être abusée par les collectivités territoriales en donnant lieu à des situations *extra legem*.

Par contre, le référendum décisionnel est bien encadré par le législateur en raison du caractère contraignant du résultat. La régularité de la décision peut être contestée d'abord au niveau d'un contentieux électoral concernant l'adoption de la décision. En vertu de l'article Art. LO 1112-14 du CGCT la régularité du référendum local peut être contestée dans les conditions, formes et délais prescrits pour les réclamations contre l'élection des membres de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ayant décidé de l'organiser. Le contentieux référendaire est donc le même que le contentieux électoral. La juridiction compétente est: pour un référendum décisionnel communal ou départemental, le tribunal administratif en premier ressort et le Conseil d'État en appel; pour un référendum régional, le Conseil d'État en premier et dernier ressort.

Concernant la décision adoptée en tant que le résultat de référendum, elle a la même valeur qu'une délibération ou qu'un acte adopté par les organes de la collectivité. Par conséquent, le régime de droit commun relatif à ces actes s'applique. (Art LO 1112-7 CGCT) Les principes de l'affaire Géniteau ne

⁹⁸ Conseil d'État, Géniteau, req n° 224058, 07.07.2003.

sont plus applicables en raison du caractère décisionnel du référendum. La délibération ou l'acte adopté est un acte faisant grief et il peut être contesté par tout intéressé.

Les progrès réussis jusqu'à maintenant continuent à donner de l'espoir pour une démocratie locale participative bien équilibrée entre les exigences des garanties d'expression des citoyens et une gouvernance stable même si tous ces efforts pour une République décentralisée dotée d'une démocratie participative locale continuent à heurter les limites inhérentes à la Constitution, aux *habitus* politiques et à la jurisprudence établie des juridictions administratives. Ainsi, la démocratie locale semi-directe en France qui s'est développée malgré ces résistances, peut être une source d'inspiration pour d'autres pays qui souhaitent réformer l'organisation et la compétence des collectivités territoriales malgré une réticence contre une démocratie locale participative au profit d'une centralisation.

BIBLIOGRAPHIE

Dictionnaires, Manuels, Recueils d'arrêts, Ouvrages généraux :

- AVRIL Pierre, GICQUEL Jean, **Lexique Droit Constitutionnel**, coll. «Lexiques», 8e édition, PUF, Paris, 2001.
- AUBY Jean-Bernard, AUBY Jean-François, NOGUELLOU Rozen, **Droit des collectivités territoriales**, coll. «Thémis», 6e édition, PUF, Paris, 2015.
- BRUNET, Pierre, **Vouloir pour la Nation: le concept de représentation dans la théorie de l'État**, coll. «La pensée juridique», LGDJ, Paris, 2004.
- FAURE Bernard, **Le droit des collectivités territoriales**, coll. «Précis», 4e édition, Dalloz, Paris, 2016.
- FERSTENBERT Jacques, PRIET François, QUILICHINI Paule, **Droit des collectivités territoriales**, coll. «HyperCours», 2e édition, Dalloz, Paris, 2016.
- LUCHAIRE Yves, LUCHAIRE François, **Décentralisation et Constitution**, Economica, Paris, 2003.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, **Œuvres de Montesquieu. Tome Premier. Esprit des lois**, L. De Bure, Paris, 1826.
- PAOLETTI Marion, **La démocratie locale et le référendum**, coll. «Logiques Politiques», L'Harmattan, Paris, 1997.
- PREMAT Christophe, **La pratique référendum local en France et en Allemagne. Le moment référendaire dans la temporalité démocratique**, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV - Institut d'études politiques de Bordeaux, 2008, accessible sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00294728>.
- TOUVET Laurent, FERSTENBERT Jacques, CORNET Claire, DENOIX DE SAINT MARC, Renaud, **Les grands arrêts du droit de la décentralisation**, coll. «Grands arrêts», 2e édition, Dalloz, Paris, 2001.
- VERPEAUX Michel, **Les collectivités territoriales**, coll. «Connaissance du droit», 5e édition, Dalloz, Paris, 2015.

Articles et Communications :

- AUBY Jean-Bernard, «La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale», **Revue Française de Droit Administratif**, 1993, pp. 37-46.
- BENETTI Julie, «Les nouvelles formes de la démocratie locale», in MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, (dir.), **Les mutations constitutionnelles des collectivités territoriales : Huitième printemps du droit constitutionnel**, coll. «Thèmes & commentaires : Les Cahiers constitutionnels de Paris 1», Dalloz, Paris, 2014, pp. 73-80.
- CHEVALLIER Jacques, «La participation dans l'administration française : discours et pratiques (I)», **Bulletin de l'IIAP**, n° 37, 1976, pp. 85-119.
- DELPECH Joseph, «Du référendum en droit public français et spécialement du référendum municipal», **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger**, Vol. 22, 1905, pp. 372-401.
- DELVOLVÉ Pierre, «Le référendum local», **Revue française de droit administratif**, n° 2004-1, 2004, pp. 7-20.
- DUBOURG-LAVROFF Sonia, «Le droit de pétition en France», **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, n° 1992-6, 1992, pp. 1733-1769.
- FOREL Jean-Louis, «Quelques remarques sur le «référendum» local», **La Revue administrative**, n° 267, 1992, pp. 256-258.
- FOREY Elsa, «Le droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales», **Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Étranger**, n° 2005-1, 2005, pp. 151-169.
- FRANCOU Jean-Paul, «Le référendum local: Heurs et malheurs», **Droit Administratif**, n° 7, 2000, pp. 4-8.
- KERNÉIS Mathilde, «Le droit de pétition au niveau local, des nuances en Outre-mer. Essai d'une étude du droit positif français», **Jurisdactoria**, n° 4, 2010, p. 99-124.
- KOUBI Geneviève, «La superposition d'actes dans le régime juridique du référendum communal» **Petites Affiches**, n° 1995-65, 1995, pp. 12-17.
- KOUBI Geneviève, «Droit des collectivités territoriales et «référendum administratif local», **La démocratie locale: Représentation, participation**

- et espace public**, coll. «Collection: Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie», PUF, Paris, 1999, pp. 197-218.
- LECLERC Stéphane, «Le «référendum» communal en France», in LE DUFF Robert, RIGAL Jean-Jacques, SCHMIDT Géraldine (dir.), **Démocratie et management local : 4e rencontres ville-management**, coll. «Thèmes et commentaires», Dalloz, Paris, pp. 119-141.
- MELLA Élisabeth, «Loi organique sur le référendum local: une réponse partielle aux interrogations suscitées par la loi sur l'organisation décentralisée de la République», **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales**, n° 2003-37, 2003, pp. 1139-1150.
- ORAISON André, «Réflexions sur le droit de pétition reconnu aux électeurs des diverses collectivités territoriales par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003», **Petites affiches**, n° 2004-160, 2004, pp. 3-7.
- PAOLETTI Marion, «La pratique politique du référendum local: Une exception banalisée», **La démocratie locale: Représentation, participation et espace public**, coll. «Collection: Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie», PUF, Paris, 1999, pp. 219-236.
- PELLEGRINETTI Jean-Paul, «Au nom de la modernité: le référendum du 6 juillet 2003 en Corse», **Cahiers de la Méditerranée**, n° 68, 2004, pp. 169-183.
- PIASTRA Raphaël, «Le Conseil Constitutionnel, juge de la constitutionnalité d'une loi prévoyant un référendum local à Mayotte», **Petites affiches**, n° 2000-149, 2000, pp. 12-18.
- RIHAL Hervé, «Le référendum communal, bilan et perspectives», **Revue française de droit administratif**, n° 1996-3, 1996, pp. 452-459.
- SOUBELET Pierre, «Du bon usage des référendums locaux : L'exemple de la commune d'Avrillé», **La Revue administrative**, n° 272, 1993, pp. 156-158.
- VERPEAUX Michel, «Le référendum communal: un premier bilan», **La Revue administrative**, n° 289, 1996, pp. 95-107.
- VERPEAUX Michel, «Le «référendum local» et la Constitution», **Les Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n° 12, 2002, pp. 124-128.

VERPEAUX Michel, «Referendum local, consultations locales et Constitution» **Actualité Juridique. Droit Administratif**, n° 2003-11, 2003, pp. 540-547.

VERPEAUX Michel, «La consultation locales des populations métropolitaines ou le vrai-faux référendum», in **Mouvement du droit public: Mélanges en l'honneur de Franck Moderne**, Dalloz, Paris, 2004, pp. 417-436.

VERPEAUX Michel, «Référendum décisionnel local: le Gouvernement persiste et signe», **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales**, n° 2005-21, 2005, pp. 811-812.

VERPEAUX Michel, «Les nouvelles régions sont constitutionnelles», **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales**, n° 2015-12, 2015, pp. 2074-2076.

VIALA Alexandre, «La démocratie directe locale en question» **Petites affiches**, n° 2003-153, 2003, pp. 11-17.

Arrêts et délibérations

Conseil Constitutionnel, déc. n° 75-59 DC, 30.12.1975.

Conseil Constitutionnel, déc. n° 2003-482 DC, 30.07.2003.

Conseil Constitutionnel, déc. n° 2000-428 DC, 04.05.2000.

Conseil Constitutionnel, déc. n° 2010-12 QPC, 12.07.2010.

Conseil d'État, Commune Awala-Yalimapo, n° 148995, 16.11.1994.

Conseil d'État, Commune d'Avrillé, n° 146832, 16.12.1994.

Conseil d'État, Association de défense contre l'implantation d'une grande surface en centre-ville de Saint-Michel-de-Maurienne, req. n° 161197, 01.03.1996.

Conseil d'État, Commune Charvieux-Chavagneux, n° 198237, 21.06.2000.

Conseil d'État, Géniteau, req n° 224058, 07.07.2003.

Conseil d'État, M. Allenbach et autres, req. n° 393026, 27.10.2015.

Conseil d'État, Association intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et autres, req. n° 400364, 400365, 20.06.2016.

Conseil général du département du Bas-Rhin, Extrait de la délibération du Conseil Général du réunion du 25 Janvier 2013, N° CG/2013/2.

Cour Administrative d'Appel de Paris, n° 06PA04004, 09.10.2007.

Tribunal Administratif de Lille, Préfet de la région Nord-Pas-de- Calais, 16.07.1992.
(Recueil Lebon, p. 619)

ÖZEL HUKUK

Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi

Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN*

Öz: Bir hukuki ilişkisi çerçevesinde taraflarca ifa edilmiş edimlerin tasfiyesinden bahsedilebilmesi için öncelikle aradaki ilişkinin baştan itibaren geçersiz veya geriye etkili olarak ortadan kalkmış olması gerekir. Böyle bir durum sözleşmenin kuruluşu aşamasında bir sakatlık sonucu batıl olması veya irade sakatlıklarında iptal hakkının kullanılması ile ortaya çıkabileceği gibi sözleşmenin ifa aşamasında “temerrüd, ayıp, kusursuz ifa imkânsızlığı” gibi bir sebepten de kaynaklanabilir.

Böyle baştan veya sonradan geçersiz kılınmış bir hukuki ilişkilerde tarafların önceden vermiş oldukları edimlerin tasfiyesinin nasıl yapılacağını düzenleyen özel hükümler bulunmamaktadır. Mevcut hukuk sistemiminde taraflar arasında önceden bir hukuki yakınlaşma olup olmadığı, bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olup olmadığı dikkate alınmadan tüm tasfiye talepleri “sebepsiz zenginleşme, haksız zilyedin iade borcu ve vekâletsiz iş görme hükümleri” çerçevesinde değerlendirilmektedir. Oysa bu hükümler önceden hukuki bir yakınlaşma bulunan taraflar arasındaki verilmiş edimlerin iadesinde yani tasfiyede yetersiz kalmakta ve menfaat dengelerini zedelemektedir. Özellikle sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade talebinin 2 yıl gibi çok kısa bir sürede zaman aşımına (BK m. 82) uğradığı dikkate alındığında adil olmayan sonuçlara sebebiyet vermektedir. Bu durum öğretide haklı olarak eleştirilmiş ve hukuki adaleti sağlamak amacıyla farklı görüşler belirmiştir. Bunlardan en bilineni ve artık hem İsviçre Federal Mahkemesi hem de Yargıtay tarafından kabul edileni “bir tarafın sözleşmeden dönmesi halinde sözleşmenin sona ermeden tasfiye amacıyla devam edeceğini” ve dolayısıyla da tasfiyenin de sözleşme hükümlerine göre yapılacağını savunan “*yeni dönme/dönüşüm teorisi*”dir. Bu şekilde tasfiye ilişkisine sözleşme hükümlerinin uygulanmasının sadece “sözleşmeden dönme” haline hasredilmeyip diğer tasfiye ilişkilerine de genişletilmesi yönünde bir eğilim de söz konusudur. Tarafların geçerli bir ilişkinin mevcudiyetine güvenerek yaptıkları ifaların iadesinin de sözleşme hükümleri çerçevesinde olması savunulmaktadır.

* Makale gönderim tarihi: 13.05.2018. Makale kabul tarihi: 29.06.2018.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (tkaraman@gsu.edu.tr).

Kanaatimizce de tasfiye ilişkisinin sözleşmeden dönen açısından sözleşme hükümlerine tabi olması diğer taraftan mesela hile sebebiyle sözleşmenin iptal edilmesi halinde ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olması hukuki adaleti zedeler. Sözleşmenin geçersizliği ister temerrüd dolayısıyla sözleşmeden dönme sonucu olsun ister irade sakatlığı veya şekle aykırılık gibi kesin hükümsüzlük sebeplerinden kaynaklansın sonuçta tasfiye ilişkisinin tarafları arasında önceden bir hukuki yaklaşma bulunmaktadır ve bu hallerin tümünün aynı hukuki rejime tabi olması hukuki güvenlik açısından önemlidir. Geçersiz de olsa bir sözleşme çerçevesinde değiş tokuş edilen edimlerin yine aynı menfaat dengeleri dikkate alınarak iade edilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: iade borcu, tasfiye ilişkisi, sebepsiz zenginleşme, zilyedliğin iadesi, istihkak talebi.

Restitution in Failed Contracts

Abstract: Parties of an invalid or annulled contract have to give back the performances obtained from the other party in the course of this relationship. There are no special provisions regulating the liquidation of such performances arising from invalid contracts. Liquidations without taking into consideration the existence of an affiliation between parties are mostly subject to the provisions such as “unjustified enrichment”, “duty of restitution of the unjust possessor” and “acting without authority”. Those provisions are insufficient for the cases where there have been affiliation/relation between parties.

Especially the short prescription period of 2 years for unjustified prescription (Code of Obligations art. 82) drags the conflict to unjust and unacceptable solutions. Such a solution rightfully criticized and made way to new theories. One of the well-known and almost unanimously accepted legal opinion is called “new revocation theory” which argues that contractual provisions would apply for the liquidation of the performances executed during a contract which has later been revoked. Additionally it has also been mostly accepted that contractual prescription would apply for reclaims in the case of invalidity due to impossibility of performances without fault (Code of Obligations art. 136). Those new theories recently seem to spread in scope and it has been argued that the contractual provisions should apply also to the liquidation of all invalid contracts. In all the cases of invalidity of the contract, either due to impossibility of performance or due to defective intention etc. there is a close relation between the parties of the liquidation claim. Since in all those cases of invalidity the legal interest of the parties to the liquidation claim are in the same direction, the conflict should be handled evenly. Thus the issue needs to be codified urgently in order to meet the needs and to balance the interest of the parties.

Keywords: restitution, unjustified enrichment, failed contracts, retroactive cancellation, claim to recover.

I. İFA EDİLMİŞ EDİMLERİN İADESİ AÇISINDAN HUKUKUMUZDAKİ MEVCUT DURUM VE ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

Sözleşme gereği yerine getirilmiş olan edimlerin iade edilmesi farklı sebeplerle gündeme gelebilir. İade borcu sözleşmenin sona ermesi dolayısıyla ilişkinin yüklemiş olduğu bir kanuni iade borcundan kaynaklanabilir. Mesela kiracının kiralananı iade etmesi, vedia alanın malı iade etmesi, taşınır rehninde taşınırın iadesi gibi sözleşme sona erince iade edilmesi gereken durumlarda verilen şeyin iadesi sözleşme hükümleri çerçevesinde talep edilir.

Diğer taraftan iade borcu taraflar arasındaki ilişkinin geçersiz olması veya gereği gibi ifa edilmemesi gibi bazı istenmeyen sebeplerden de kaynaklanabilir.

- Sözleşmede kararlaştırılmış olan bozucu şartın gerçekleşmesi, saklı tutulmuş olan dönme hakkının kullanılması veya sözleşmeyi ortadan kaldırma (ikale) anlaşmasının kurulması üzerine iade
- Temerrüd dolayısıyla yasal sözleşmeden dönme hakkının kullanılması üzerine iade
- Sözleşmenin kurulmasından sonraki kusursuz ifa imkansızlığı uyarınca iade yükümü
- Sözleşmenin hükümsüzlüğüne (ahlaka, kamu düzenine, emredici hükümlere aykırılık, ayırt etme gücünün bulunmaması, şekle uyulmama vs) bağlı iade

Çalışma konumuz, yukarıda belirtilen sözleşmenin hükümsüzlüğü veya sona ermesi dolayısıyla edimlerin iadesi ya da tasfiyesi olarak ifade edilen aşamanın hangi hükümler çerçevesinde çözümleneceğidir.

Tasfiye sürecinde ana kural, **ayni iade istemi söz konusu olduğunda “zilyetliğin iadesi”** kurallarına, diğer taraftan **nisbi hakka dayalı iade istemi söz konusu olduğunda “sebepsiz zenginleşme”** kurallarına başvurulmasıdır.

İade talebinin “ayni bir hakka mı” yoksa “nisbi bir hakka mı” dayanağını belirleyebilmek için öncelikle ifayı gerçekleştiren tasarruf işleminin sebebe bağlı mı yoksa soyut mu olduğunun ayırd edilmesi gerekmektedir.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını hedefleyen tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğu dolayısıyla da taşınmaz mülkiyetini devrine yönelik söz-

leşmenin geçerli olmaması halinde tasarruf işleminin de geçerli olamayacağı ve taşınmaz mülkiyetinin kazanılamayacağı (MK m. 1024/f.2, MK m. 1015) kanunda düzenlenmiştir. İade edilmesi istenilen taşınmaz, taşınmaz devrini hedefleyen sözleşmenin (şekle aykırı vs. gibi sebeplerle) geçersiz olması dolayısıyla adına tescil yapılmış sözleşme tarafınca kazanılamayacak ve yapılan tescil yolsuz tescil teşkil edilecektir. Dolayısıyla da taşınmazın iadesine yönelik dava aynı hakka dayalı bir talep içerecek ve iade talebi zilyetlik hükümlerine tabi olacaktır.

Taşınırılar açısından bu konuda hüküm bulunmadığından konu öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde bir grup yazar¹, “soyutluk prensibini” savunmakta ve bu görüş uyarınca taşınır mülkiyetinin devrine yönelik sözleşme geçersiz olsa da bu geçersizliğin taşınır mülkiyetinin kazanılmasını engellemeyeceği yönündedir. İsviçre Federal Mahkemesinin “taşınır mülkiyeti açısından sebebe bağlılık” prensibini benimseyen kararlarına² paralel olarak diğer bazı yazarlar³ da “sebebe bağlılık” prensibini benimsemişlerdir. Buna göre,

¹ Taşınır mülkiyetinin kazanılmasının “soyut” olduğunu görüşünde olan yazarlar: Kemal **OĞUZMAN**/Özer **SELİÇİ**/Saibe **OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2016, N. 2594, s. 746; Mehmet Serkan **ERGÜNE**, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, s. 102; Andreas **VON TUHR** (çeviren: Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Ankara 1983, § 26, III, s. 199; Kemal **OĞUZMAN**/Turgut **ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11. bası, İstanbul 2013 (atıf: C.1), s. 124, dn. 277; Kudret **AYİTER**, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953 (atıf: Tasarruf), s. 91, özellikle de dn. 53; Ferit **SAYMEN**/Halid **ELBİR**, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 1954 İstanbul (atıf: Ayni Haklar 1954), s. 395; İsmet **Sungurbey**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957 (atıf: Boç İkrarı), s. 85, dn. 44; Rona **SEROZAN**, Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Taşınır Eşyada: Zilyetlik-Mülkiyet-İntifa-Rehin Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2014 (atıf: Eşya Hukuku I), N. 1116, s. 270 vd.; Turgut **ÖZ**, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (atıf: Sebepsiz Zenginleşme), s. 196-198; Rona **SEROZAN**, “Taşınır Eşya Mülkiyeti Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu” Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul 2000 (atıf: Tasarruf Sözleşmesi), s. 400; Hans **LEEMANN**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918, Bern 1925, Art. 884, N.36.

Bu konudaki tartışmalar için bkz. Necip **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008 (atıf: Cilt I Giriş), §11, N. 57, s. 129,s.130 (yazar fikir beyan etmemektedir).

² Bkz. BGE 55 II 306 (1930); BGE 93 II 375.

³ Taşınır mülkiyetinin kazanılmasının “sebebe bağlı” olduğunu kabul eden yazarlar: Haluk **TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Basım, İstanbul 2008,

taşınır mülkiyetinin geçirilmesini hedefleyen sözleşmenin geçersiz olması mülkiyeti geçiren tasarruf işlemini de sakatlamakta ve mülkiyetin geçmesine engel olmaktadır.

Taşınır mülkiyeti açısından sebebe bağlılık veya soyutluk görüşlerinden hangisinin benimsenmiş olduğuna göre çalışma konumuz olan iade talebinin de hukuki dayanağı değişecektir. Nitekim, geçersiz bir sözleşmeye dayalı olarak verilen taşınırın mülkiyeti “sebebe bağlılık” görüşü uyarınca alıcı tarafından kazanılamayacaktır ve taşınırı vermiş olan borçlunun iade talebi de kendi mülkiyet hakkına dayanan “aynı bir iade talebi” olacaktır. Bu durumda da iadenin kapsamı açısından zilyetlik hükümlerine bakılacaktır. Diğer taraftan “soyutluk görüşü” nün benimsenmesi halinde ise, hukuki sebep geçersiz

s. 95, 96; Selahattin Sulhi **TEKİNAY**, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar (Eşya Hukuku II/3), İstanbul 1992 (atıf: Menkul Mülkiyeti), s. 4; Aydın **AYBAY**/ Hüseyin **HATEMİ**, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, 158, N. 49; Nürşin **AYİTER**, Eşya Hukuku, Ankara 1977 (atıf: Eşya Hukuku 1977), s. 152, 153; Fikret **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015 (atıf: Borçlar Genel), s. 189; Turhan **ESENER**/ Kudret **GÜVEN**, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2012, s. 301; Erol **CANSEL**, Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967 (atıf: Menkul Rehni), s. 350; Seyfullah **EDİS**, “Menkullerde mülkiyetin intikali hususunda illiyet prensibi”, AÜHFD, Cilt XIV, Sayı 1-4 1957, Ankara 1959 (ss. 278-300), s. 298, 299; Kemal **GÜRSOY**/ Fikret **EREN**/Erol **CANSEL**, Türk Eşya Hukuku, Gözden geçirilmiş ikinci bası, Ankara 1984, s. 674; Hüseyin **HATEMİ**/ Rona **SEROZAN**/ Apdulkadir **ARPACI** (Hatemi), Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 490; Hıfzı Veldet **VELİDEDEOĞLU**, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963, 742; Selahattin Sulhi **TEKİNAY**/Sermet **AKMAN**/Haluk **BURCUOĞLU**/ Atilla **ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993 (atıf: Tekinay Borçlar Hukuku), 734.

Bu görüşten olan İsviçreli hukukçular: Paul-Henri **STEINAUER**, Les droits réels, Tome II, Berne 2012, N. 2011; Carl **WIELAND** (Türkçeye çeviren Hakkı Karafakı), Les droit réels dans le code civil suisse, Ankara 1946 (atıf: Karafakı), art. 714, 3 (b), s. 338, 339; Walter **YUNG**, La théorie de l’obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, Genève 1930, s. 153, 154; Karl **OFTINGER**/ Rolf **BAER**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, Abteilung 2/c, Zurich 1981, Art. 884, N. 111; Arthur **MEIER-HAYOZ**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Schenrecht, 1. Abteilung, 1. Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Bern 1981, N. 88; Andreas B. **SCHWARZ**, Borçlar Hukuku Dersleri (çev. Bülent Davran), I. Cilt, İstanbul 1948, s. 283.

Yargıtay da çok belirgin olmamakla beraber sebebe bağlılığı kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Mesela bir motorlu taşıtla ilgili olarak geçersiz sözleşmeye dayanılarak yapılan teslimle mülkiyetin alıcıya geçmeyeceği yönünde kararlar için bkz. Yarg. 13. HD, 22.1.1987, E. 1986/6269, K. 1987/219; Yarg. 15. HD, 4.11.1986, E. 1985/3575, K.1986/3639 (www.kazanci.com.tr).

olsa dahi karşı taraf taşınırın mülkiyetini kazanacağından, taşınırın iade talebi artık aynı talebe dayanmayacak ve “sebepsiz zenginleşme” hükümleri çerçevesinde olacaktır. Bu ayırım, her başlık altınca ayrıca detaylı olarak incelenmiştir.

Burada ayrıca MK m. 776 ile getirilmiş olan “karışma ve birleşme” başlıklı düzenlemeden bahsetmek gerekir. Zira hüküm birinci fıkrasında karışan taşınır malların her bir malikinin karışımın tamamı üzerinde kendi payı oranında mülkiyet hakkına sahip olacağı; ikinci fıkrasında ise karışan taşınır mallardan biri diğerine göre ikincil ise o zaman eşyanın tamamının ana parçasının mülkiyetine gireceği belirtilmiştir. Bu husus özellikle paranın karışması halinde hangi fıkranın uygulanacağı konusunda tartışmalara sebebiyet vermiştir. Burcuoğlu⁴ paranın karışması halinde MK m. 776/f.1’deki gibi paylı mülkiyet ilişkisi kurulacağını kabul ederken diğer görüş⁵ paranın karışması halinde karışan paranın malikinin mülkiyet hakkını kaybedeceğini kabul eder. Buna göre birinci durumda karışan paranın malikinin iade talebi istihkak iddiasına dayanacakken, mülkiyet hakkının kaybolacağını kabul eden görüş uyarınca iade davası BK m. 77 çerçevesinde sebepsiz zenginleşme hükmüne dayanacaktır⁶. Burada ayrıca belirtelim ki para açısından MK m. 776/f.1 kapsamında paylı mülkiyeti kabul eden görüşün istisnası MK m. 990daki hamilin iyiniyetli olmasıdır. MK m. 990 uyarınca para ve hamiline yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası açılmamaktadır. Bu madde taşınır mallarda iyiniyetli kazanımın en geniş şekilde korunduğu hal olarak kabul edilmektedir⁷. 743 sayılı mülga Medeni Kanun’un 903. maddesinde “aleyhine istihkak davası açılmaz” deniyordu bu ifade metinden çıkartılmış olsa da madde aynı şekilde anlaşılmaya devam etmektedir.

⁴ Haluk **BURCUOĞLU**, Paranın Başkasının Parası ile Karışması Üstüne Bir Deneme, Prof. Dr. Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999, s. 86 vd.. **Burcuoğlu**, MK m. 990’ın ancak rıza dışı elden çıkan para bakımından iyiniyetli kazanana bu imkanı verdiği, ayrıca BK incelenildiğinde kanun koyucunun mülkiyetin zilyede geçmesini istediği tüm hallerde özel hüküm (BK m. 386, m. 570) koyduğunu belirtmektedir. **Burcuoğlu** makalesinde her ne kadar MK 990’ın “rıza dışı elden çıkan para bakımından “uygulanacağını belirtse de bu hüküm 2001 sonrası 4721 sayılı MK ile yapılan değişikikte bu ifade “zilyet, iradesi dışında elinden çıkmış olsa bile” olarak değiştirilmiştir.

⁵ Bu görüşten olarak bkz. **SEROZAN**, Eşya Hukuku I, N. 1120, 1121, s. 273. Konu ile ilgili bilgi için bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, N. 2637, 2638, s. 757, 758.

⁶ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 758.

⁷ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 111.

İster TMK m. 993 vd. daki zilyetlik hükümlerine tabi olan aynı iade talebi, isterse de TBK m. 77 vd. hükümlerine tabi olan nisbi sebepsiz zenginleşme talepleri ile haksız veya sebepsiz şekilde gerçekleşmiş malvarlığı kaymalarının düzeltilmesi hedeflenmektedir. Oysa geçersiz de olsa bir sözleşme ilişkisi içerisinde ve synallagma çerçevesinde tarafların birbirine iradi olarak verdiklerini geri istemelerini diğer iade taleplerinden ayırmak gerekmektedir. Edimlerin, geçerli veya batıl, bir sözleşme ilişkisine dayanarak ve synallagma içerisinde değiş tokuşunun yapılmış olduğu durumlarda bu edimlerin iadesinde talepte bulunanların birbirine karşı tamamen üçüncü kişiymiş gibi klasik sebepsiz zenginleşme veya zilyedliğin iadesi kurallarına tabi tutulması hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlara götürebilmektedir.

Özellikle “sebepsiz zenginleşme” talebinin 2 yıllık kısa zamanaşımına (BK m. 82) tabi olması, iade borcunda hangi tarafın önce ifa etmesi gerektiği, iadenin kapsamının ne olacağı, iyiniyetli zenginleşenden veya zilyedden ikame değerın istenebilip istenemeyeceği, hasara kimin katlanacağı veya iadenin gecikmesi dolayısıyla diğer tarafın uğradığı zararların nasıl karşılanacağı gibi konulardaki belirsizliği ve adaletsizliği ortadan kaldırabilmek amacıyla tasfiye ilişkilerinde sözleşme hukuku kurallarını uygulanma eğilimi gözlenmektedir.

Tasfiyenin sözleşmesel hükümler uyarınca yapılması gerektiği yönündeki öğretide yapılan tartışmalar incelendiğinde, genellikle tasfiyenin “sözleşmenin kuruluş aşamasındaki bir sebepten mi” yoksa “ifa aşamasında ortaya çıkan bir sorundan mı” kaynaklandığı ayırt edilmektedir. Biz de buna uygun olarak aşağıda konuyu iki ana başlıkta değerlendirmekteyiz.

A. SÖZLEŞMENİN İFA AŞAMASINDA ORTAYA ÇIKAN SAKATLIK DOLAYISIYLA TASFİYE İLİŞKİSİ

Bu başlık altında yapacağımız açıklamaları da iki başlık altında değerlendirmeye tabi tutacağız. İlk olarak, sözleşmedeki bozucu koşulun gerçekleşmiş olması dolayısıyla edimin iadesinin talep edilmesi ya da sözleşme ilişkisi çerçevesinde borçlu olunandan fazla miktarda yapılan ifanın iadesi taleplerinin hukuki dayanağı irdelenecek. İkinci başlıkta ise geçerli sözleşmenin temerrüd, ayıp, zapt gibi sebeplerle gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla geriye etkili olarak sona erdirilmesi sonucunda tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesiyle ilgili taleplerin hukuki dayanağı değerlendirilecektir.

Tekrar vurgulayalım ki edimlerin iadesi taleplerinin gündeme gelmesi için sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi gerekir. İleri etkili olarak sona eren sözleşmelerde, sözleşmenin sona erdirildiği (feshedildiği) ana kadar sözleşmenin geçerliliği etkilenmediği için bu döneme ait ifa edilmiş edimlerin iadesi de söz konusu olmayacaktır.

1. Geciktirici koşula bağlı olarak önceden ifa edilmiş edimlerin koşulun gerçekleşmeyeceği anlaşıldıktan sonra iadesi ya da borçlu olunandan fazla miktarda yapılan ifanın iadesi talepleri

Geciktirici koşulun gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasıyla borçlandırıcı işlem bağlayıcılığını kaybeder ve hiç yapılmamış sayılır⁸. Taraflar önceden vermiş oldukları edimlerin iade edilmesini talep edeceklerdir. Klasik görüş bu durumlarda da iade talepleri, somut olay dikkate alınarak, “sebepsiz zenginleşme” veya “zilyedliğin iadesi” hükümlerine tabi olacağıdır. Geciktirici koşul gerçekleşmeden sözleşme hüküm ifade etmediğinden öncesinde karşı tarafa verilmiş taşınır veya taşınmazların mülkiyeti geçmemekte; bunlar üzerinde sadece geciktirici koşulun gerçekleşmesine bağlı bir beklenen hak söz konusu olmaktadır⁹. Dolayısıyla bu durumda, iade yükümlüsünün taşınır/taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı bulunmadığından, iade talebi “aynı hakka” dayanır ve iadenin kapsamı da “zilyetlik hükümlerine” tabi olur. Diğer taraftan iadesi talep edilen bir miktar para ise, yukarıda anlatıldığı gibi TMK m. 990 kapsamında iyiniyetli hamile karşı istihkak davası açılmayacağı kabul edildiğinden iade talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tutulmaktadır.

Keza İsviçre Federal Mahkemesinin 1994 tarihli kararında (“ATF 119 II 20 = JdT 1994 I 34”) da geciktirici koşula bağlı bir sözleşmede koşulun gerçekleşmemesi dolayısıyla iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde olacağı yönündedir. Anılan karara konu olayda, taraflar “bedelin sözleşme akdedilirken ödeneceği daha sonra tescilin yapılamaması halinde bedelin iade edileceği” yönünde anlaşma sağlayarak noterde taşınmaz satışıyla ilgili sözleşme akdetmişlerdir. Alıcı, sözleşme akdedilirken 6500

⁸ EREN, Borçlar Genel, s. 1179; Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 9. bası, İstanbul 2012 (atf: C.2), s. 496.

⁹ EREN, Borçlar Genel, s. 1172; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s. 495, 496.

CHF ödemiş ancak tescil yapılabilmesi için aranan koşul gerçekleşmediğinden ödemiş olduğu bedelin iadesini talep etmiştir.

Anılan Federal Mahkeme kararı, iade talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi kılındığı için özellikle **Chappuis**¹⁰ tarafından eleştirilmiştir. Yazar bu durumlarda taraf iradelerine bakılması gerektiği, mesela geciktirici şartın gerçekleşmesinin imkansızlaşması veya şartın ortadan kalkması halinde ifa edilen edimin iade edileceği yönünde bir kararlaştırma söz konusu ise sözleşme bağlayıcılığını yitirmiş olsa dahi iade borcunun sözleşmeye dayalı bir borç olduğunu belirtmektedir. Yazar¹¹ ayrıca, sözleşmede akdederken tarafların sözleşmenin ifa edileceği beklentisinde olduğunu ve ifanın gerçekleşmemesi halinde verilenlerin iade edilmesi yönünde de açıkça bir kararlaştırılma olmasa da zımni olarak bir fikir birliği, beklenti birliği bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesinin sonraki tarihli kararları ile konuyla ilgili yapılan eleştirileri dikkate aldığı görülmektedir. Mahkeme bazı kararlarında bu yönde, sözleşme çerçevesinde yapılmış olan ifaların iade edileceği yönünde taraflar arasında bir anlaşma olduğunun belirlenmesi halinde iadelerin sözleşmeye tabi olarak yapılması gerektiğine hükmetmiştir. İsviçre Federal Mahkemesinin tüm iade talepleri açısından değil, özellikle, sözleşme ilişkisi çerçevesinde yapılmış olan *fazla ödemelerin* iadesiyle ilgili davalarda iadenin sözleşmeye dayalı olacağına hükmettiğini görmekteyiz. Mesela, Federal Mahkemenin 2000 yılında önüne gelmiş olan ihtilafa (JdT 2000 I 630) konu olayda, işçiye yılsonunda bilanço hesabına göre teyit edilmek koşuluyla her ay 1000 CHF ekstra kardan pay ödenmesi yapılmış ancak yılsonunda şirketin kar elde etmediği anlaşılınca işveren fazla ödemelerin iadesini istemiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki anlaşmada “*bilanço hesabına göre teyit edilmek kaydı*” bulunduğundan, **tarafların iade borcunu zımnen kabul** etmiş oldukları dolayısıyla da iadenin sözleşmeye dayalı olduğu kanaatine varmıştır. Bu karar Federal Mahkemenin bu konudaki emsal nitelikteki kararlarından olup sonraki birçok karara temel teşkil etmiştir¹².

¹⁰ Kararla ilgili bu bilgi ve kararın eleştirisi için bkz. Christine **CHAPPUIS**, «L'enrichissement illégitime écarté par le contrat», L'évolution récente du droit des obligations : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 10 février 2004, CEDIDAC, s. 27-40 (atıf: L'enrichissement illégitime)

¹¹ **CHAPPUIS**, Enrichissement illégitime, s. 40.

¹² Kararlar için bkz. **CHAPPUIS**, L'enrichissement illégitime, s. 34-38.

Tarafların borçlu oldukları miktardan fazla bir miktar ödeme yaptıkları takdirde bu fazlalığın iadesinin hangi hukuki sebebe dayanacağı ile ilgili tartışma İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmaların temelinde Federal Mahkemenin 1982 tarihli kararı (ATF 107 II 220= JdT 1982 I 598) yer almaktadır. Anılan mahkeme kararına konu olayda eser sözleşmesi çerçevesinde, eser meydana getirilirken iş sahibi birçok ödemede bulunmuştur. Daha sonra eserin tamamlanmasını müteakip yapılan kesin hesap sonucunda bazı ödemelerin fazladan yapıldığı anlaşılmış ve bu fazla kısmın iade edilmesi talep edilmiştir. Federal Mahkeme iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağına hükmetmiştir. Mahkemenin bu kararı da Eugen **Bucher**¹³ tarafından yoğun şekilde eleştirilmiştir. Yazar sözleşmede tarafların belli bir bedel ödeyeceği yönünde bir anlaşma bulunmasının bu bedelin üzerinde yapılan ödemeler açısından da fazlanın iade edileceği yönünde zımni bir anlaşma olduğu anlamına gereceğini belirtmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi İsviçre Federal Mahkemesi Bucher, Chappuis gibi hukukçular tarafından yapılan eleştirileri dikkate alarak 2000 tarihli kararıyla görüşünde değişiklik yapmış ve fazladan yapılan ödemeler açısından iade edileceğine yönelik zımni de olsa bir anlaşma bulunması halinde sözleşmesel hükümlere dayanılacağını ilkesini belirlemiştir¹⁴.

Ancak burada vurgulayalım ki Federal Mahkeme, fazla ödemedenden doğan iade talebini sözleşme hükümlerine tabi tutabilmek için taraflar arasında zımni de olsa “iadenin yapılacağı yönünde” bir sözleşme ilişkisinin mevcudiyetini aramıştır. Bu kapsama girmeyen, mesela taraflarca bu yönde bir “geçici ödeme” kararlaştırması bulunmadan tamamen *hataen yapılmış* fazla ödemelerin iadesinin sebepsiz zenginleşmeye dayanacağına hükmedilmektedir¹⁵.

¹³ Bu konuda bilgi için bkz. **CHAPPUIS**, L'enrichissement illégitime, s. 33, 34; Vedat **BUZ**, “Sözleşmede Kararlaştırılardan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı”, XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 9-10 Aralık 2005, Banka Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 2006 (atf: fazla ifa halinde iade), s. 141.

¹⁴ Bilgi için ayrıca bkz. Benoit **CHAPPUIS**, Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2e édition 2012 (édité par: Luc Thévenoz/Franz Werro) (atf: Commentaire Romand), Art. 62, N. 50, 51, s. 587.

¹⁵ JdT 2002 I 318: ATF 130 V 414. Bu konuda ayrıca bkz. **CHAPPUIS**, Commentaire Romand, Art. 62, N. 51, s. 587, 588.

Keza Federal Mahkemenin 2008 tarihli bir kararında (ATF 133 III 356, JdT 2008 I 91) kredi kartı kullanıcısının bankaya yaptığı fazla ödemenin iadesi talebi açısından Federal Mahkeme iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde olacağına karar vermiştir.

Federal Mahkemenin 2002 tarihli bir başka kararına (JdT 2002 I 318; ATF 127 III 421) konu olayda bir sağlık sigortası şirketinin (sağlık fonu), kendisine prim ödeyenlerin (sigortalıların) tedavisi dolayısıyla bir hastaneye fazla ödeme yapıldığını tesbit etmiş ve hastaneden bu (fazla) ödemenin iadesini talep edilmiştir. Mahkeme, sigorta şirketi ile hastane arasında bir sözleşme bulunmadığını; buna rağmen, sigorta şirketi tarafından hastaneye yapılan ödemelerin “*bir son kontrol koşuluna (réserve du décompte final)*” tabi tutulacağı ve bunun sonucunda kesin ödemenin yapılmış sayılacağı yönünde bir kararlaştırma olsa idi bu durumda iade talebinin sözleşmeye dayandığından bahsedilebileceğini belirtmiştir. Somut olayda böyle bir kararlaştırma olmadığından iade talebi sebepsiz zenginleşme ilişkisine tabi tutulmuş ve zamanaşımının geçtiğine hükmedilmiştir.

Federal Mahkeme’nin yukarıda atıf yapılan son iki kararı ve benzer başka kararlarında taraflar arasında fazla yapılan ödemelerin iade edileceği yönünde zımni de olsa bir anlaşma aradığı ve bu yönde bir anlaşma görememesi halinde iadeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tuttuğu görülmektedir. Halbuki bir hukuki ilişki içerisinde bulunan kişiler arasında mesela bir banka müşterisi ile banka arasında borç miktarı tutarında ödemenin yapılacağı yönündeki anlaşma içerisinde bu miktardan fazla yapılan ödemelerin iade edileceği yönünde zımni bir anlaşmayı da barındıracaktır¹⁶. Bu durum dürüstlük kuralının da bir sonucudur. Nasıl eksik ifa halinde ifa talebi sözleşmeye dayanıyorsa, fazla ifa halinde de aynı şekilde sözleşmeye dayalı bir iade talebi söz konusu olacaktır.

Fazla ödemelerin iadesi taleplerini Türk mahkemeleri de, İsviçre Federal Mahkemesinin önceki kararlarına benzer şekilde, önceleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine¹⁷ tabi tutarken sonraki kararlarında bu görüşün değiştiğini görmekteyiz. Bu doğrultuda Yargıtay’ın 2000’den sonraki bazı kararlarında yapılan fazla ödemelerin sözleşmesel hükümlere tabi olarak ta-

¹⁶ Bu görüşten olarak bkz. **BUZ**, Fazla ifa halinde iade, s. 145 vd.

¹⁷ Bu yönde olarak bkz. HGK 17.10.1962, 14/35; 19. HD, 24.12.1998, 6817/7854; 3 HD, 7.7.1998, 6691/7485 (kararlar: www.kazanci.com.tr).

lep edilebileceğine hükmettiğini görmekteyiz. Mesela, bir kararında kredi sözleşmesine dayalı ilişkide yapılan fazla tahsilatın iadesi (11 HD, 1.7.2003, 1331/7211), diğer bir kararında da bankanın mevduat hesabı sahibine yaptığı fazla ödemenin iadesi (HGK 9.2.2005, 11-20/34) yönündeki taleplerin sözleşmesel hükümler çerçevesinde olacağını belirtmiştir¹⁸. İade borcunun sözleşmeye dayanması yönündeki yeni görüşün, zaman içinde Türkiye’de hem Yargıtay kararlarında hem de öğretide¹⁹ de taraftar topladığını görmekteyiz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.3.2012 tarihli (2011/13-748 E., 2012/140 K sayılı) kararı ile İsviçre Federal Mahkemesi’nin yukarıda alıntı yaptığımız 2000 tarihli kararına gönderme yapılarak, Federal Mahkemenin ilkeleri açıkça benimsenmiştir. Hukuk Genel Kurulu’nun Kararına konu olayda taraflar arasında bayilik ilişkisi çerçevesinde bayinin diğer tarafa yapmış olduğu fazla ödemelerin iadesi yönündeki talebin, sözleşme hükümlerine tabi olacağına karar verilmiştir. İhtilaf konusu olay idare ile futbola davalı bahis bayiliğine yönelik sözleşme imzalayan Davacı arasında geçmektedir. Sözleşmede, idareye ödenecek alacak kalemlerinin 6 ayda bir karşılıklı mutabakat sonucu gerçekleştirileceği kararlaştırmıştır. Davacı ilk iki 6 aylık dönem için ödemede bulunmuş ancak üçüncü 6 aylık döneme girildiğinde Davacı idareye fazla ödeme yapıldığını belirleyip bu fazla ödemenin iadesini talep etmiştir. Bu talepten bir süre sonra da idare bayilik sözleşmesini feshetmiştir. Davada, Davalı iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğunu ve talep zamanaşımının geçmiş olduğu savunmasında bulunmuş; bunun üzerine yargılamada “fazla ödemelerin iadesi yönündeki talebin” “bayilik sözleşmesine” mi yoksa sebepsiz zenginleşmeye mi dayandığı tartışılmıştır. Aşağıda aktarılan kısmi karardan görüleceği gibi Yargıtay HGK, öğretideki görüşlere ve en çok da İsviçre Federal Mahkemesinin 2000 tarihli kararına gönderme yaparak Davacının fazla ödemelerinin geçici ödeme niteliğinde olduğu ve sözleşmeye dayandığı, sözleşmesel ilişki çerçevesinde fazla ödenenleri iade yükümlülüğünün de bulunduğu yönünde karar vermiştir:

“... öğretide ağırlıklı ortaya konulan görüş de ‘iktisap edilen değer’in iade yükümü bir sözleşmeden kaynaklandığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanamayacağı’ yönündedir

¹⁸ Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr

¹⁹ **BUZ**, Fazla ifa halinde iade, s. 139-140.

(Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 731; Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2009, s. 290; Yavuz, Nihat: Eski ve Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Uygulamada Sebepsiz İktisap, Ankara 2011, s. 29; Öz, Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 70 vd.; Saymen/ Elbir: Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1958, s. 575; Reisoğlu, Seza: Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961, s. 32-33; Oğuzman/ Öz: Borçlar Hukuku, Cilt: II, İstanbul 2012, s. 330).

İsviçre Federal Mahkemesi de, geçici nitelik taşıyan ve sözleşmenin kesin hesabının görülmesi esnasında fazladan yapıldığı anlaşılan ödemelerin iadesi talebinin sebepsiz zenginleşme değil, sözleşmesel bir talep olduğunu kabul etmiştir. Federal Mahkemenin 06.03.2000 tarihli kararına konu olan olayda, taraflar arasında yapılan hizmet akdi gereği, işveren işçiye ücretine ek olarak her iş yılının bitiminde elde edilecek saf karın %50'sini ödeme taahhüdünde bulunmuştur. İşveren işçiye ileride elde edilecek kar payından mahsup edilmek üzere geçici nitelikte (akont) bazı ödemelerde bulunmuş, ancak ilgili iş yılının sonunda şirketin kar elde etmediği anlaşılmış ve bunun üzerine işveren fazladan ödenen meblağın iadesi talebinde bulunmuştur. Federal Mahkeme, iade talebinin sözleşme hukukuna dayanan bir talep olduğuna hükmettiği kararında:

‘... Doktrin ve içtihatlardaki hakim görüşe göre, sözleşmesel bir talebin varlığı, sebepsiz zenginleşme talebini devre dışı bırakır... Sözleşmesel bir talep mevcut olduğu sürece ne alacaklının ekonomik bir kayba uğraması, ne de borçlunun malvarlığında bir artış gerçekleşmiş olur. Sözleşme ile borçlanılan bir edimin yerine getirilmesi halinde, geçerli olarak kurulan sözleşme hukuki sebebi oluşturur ve bu nedenle edimi elde eden kişinin sebepsiz zenginleşmesinden söz edilemez. Yeni doktrin ve içtihatlarda taleplerin sebepsiz zenginleşmeden ziyade sözleşme hukukuna dayandırılması yönünde bir eğilim gözlenmektedir. Bu eğilim, sebepsiz zenginleşme hukukunun uygulama alanını genel olarak sınırlandırmaktadır. Bu yaklaşım, yorum veya boşluk doldurma yoluyla dahi olsa, bir talebin sözleşmeye dayandırılması mümkün olduğu sürece sebepsiz zenginleşme talebinin söz konusu olamayacağı şeklindeki görüşü

güçlendirmektedir. Taraflar açıkça akont ödemeler ve bir hesaplaşma yükümlülüğü kararlaştırmışlardır. Bundan doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği, davalının fazladan aldığı akont ödemeleri iade ile yükümlü olduğu sonucunun çıkarılması gerekir. Buna göre, davacının fazladan yapılan akont ödemelerin iadesine ilişkin talebi sözleşmeden doğar. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşme talebi söz konusu değildir.’

Gerekçesine yer verilmiştir (BGE 126 III 122, Aktaran: Buz, Vedat: Sözleşmede Kararlaştırılardan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı, XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 9-10 Aralık 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2006, s.139-140).

İsviçre literatüründe Bucher tarafından ileri sürülen görüşte de, ‘Bir talep, sadece sözleşmesel herhangi bir zemin mevcut olmadığı durumlarda sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılmalıdır. Türü ne olursa olsun bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde akont ödemeleri kabul eden taraf, zımnen sözleşmesel bir yan anlaşma ile, akont ödemelerin harcanmasına ilişkin hesap verme (‘a conto’ adı da buradan gelmektedir) ve fazla bir ödeme varsa bunu iade etme yükümlülüğünü üstlenmektedir.’ şeklindeki ifade ile, geçerli bir sözleşme ilişkisinde fazladan yapılan akont ödemelere ilişkin iadenin sebepsiz zenginleşme hukuku yerine, sözleşme hukukuna dayandırıldığı anlaşılmaktadır (Buz: agm., s.141).

Ortaya konulan sözleşme hukukuna hakim ilkeler, İsviçre Federal Mahkemesi karar ve görüşleri ile gerek yargısal uygulama gerek öğretide yer alan görüşler göstermektedir ki, avans/akont ödemelerin kararlaştırıldığı sözleşmelerin, fazla yerine getirilen edimlerin iadesi gerektiğine ilişkin örtülü bir anlaşmayı ihtiva ettiği sonucuna varan İsviçre Federal Mahkemesinin az yukarıda kabul ettiği bu ilke, bir adım daha ileri giderek, geçici nitelikte ödeme yapılmasına ilişkin düzenlemeye yer vermeyen geçerli sözleşmeler bakımından da uygulanmalıdır. Zira, bir sözleşme ilişkisine giren tarafların edim yükümlülüklerinin türü ve kapsamı aralarındaki sözleşmeye göre belirlenir. Geçerli olarak kurulan ve devam eden sözleşme, kararlaştırılan edimlerin hukuki sebebinin teşkil eder. Ancak sözleşmenin anlamı, sadece edim yükümlülüklerinin tür ve miktarını tespit

etmekten ibaret değildir. Edim yükümlülüklerinin miktarını tespit eden anlaşma aynı zamanda bir sınırlamayı da ihtiva eder. Öteki deyişle, sözleşme taraflarının bu sözleşmeye dayalı olarak talep edebileceği edimlerin miktarı, sözleşmede kararlaştırılanlarla sınırlıdır. Daha fazlasını talep edemezler. Görüldüğü üzere, tarafların edim yükümlülüklerinin miktarını tespit eden ve dolayısıyla sınırlayan sözleşme hükümleri, örtülü olarak, sözleşmede öngörülenden fazla yerine getirilen edimlerin iadesi yükümlülüğünü de içerir. Sözleşme, bu sözleşme gereği gerçekleşecek malvarlığı transferlerinin kapsam ve miktarını belirlediği gibi, bu sözleşme gereği karşı tarafa geçeceği öngörülmeyen malvarlığı değerlerinin iadesi yükümlülüğünü de bünyesinde barındırır (Buz: agm., s. 149-150; Aksi yöndeki klasik görüş için bakınız: Reisoğlu, Seza: age., s. 39-40; Oğuzman/Öz: age., s. 331; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop: age., s. 743; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2009, s. 839; Öz: age., s. 86; Hukuk Genel Kurulu'nun 17.10.1962 gün ve E: 1962/14, K: 1962/35 sayılı ilamı).

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

...

Bu bağlamda, az yukarıda yapılan nitelendirme kapsamında, davacı şirket; taraflar arasındaki sözleşmenin ayakta ve geçerli olduğu bir dönemde (02.10.2003 ila 03.03.2007), davalı idareye birinci 6 aylık dönem ile üçüncü 6 aylık dönemin sonunda fazla ödemede bulunduğunu ileri sürerek, eldeki istirdat davasını açtığına göre, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin çözümünde aralarındaki sözleşmenin dikkate alınması zorunludur.

Hal böyle olunca, taraflar arasındaki sözleşme hükmü, edimlerin karşılıklı olarak tür ve miktarını tespit etmekle birlikte, bu sınırlama aynı zamanda taraflar arasında örtülü olarak, karşı tarafa geçeceği öngörülmeyen malvarlığı değerlerinin iadesi yükümlülüğünü de içerdiğinden, davacı şirketin, sözleşmenin feshedildiği 03.03.2007 tarihinde yapılacak bir kümülatif hesaplama (sözleşmenin sonunda kesin hesaplama) sonucu, davalıya fazladan yaptığı bir ödemenin varlığının tespiti halinde, bu miktarı sözleşme hukuku çerçevesinde davalı idareden istirdada hakkı bulunduğu kabulü gerekmektedir.

O halde, yerel mahkemenin, somut olayın çözümünde sözleşme hukukunun uygulanması gerektiği yönündeki direnme kararı yerindedir.”

Yargıtay HGK’nun 2012 tarihli aktarılan kararında, taraflar arasındaki sözleşmede belli miktardaki ödemenin yapılacağına kararlaştırılmış olmasının bu miktardan fazla yapılmış ödemelerin iade edilmesi yükümlülüğünü de örtülü olarak içerdiği belirtilmiştir. Mahkeme, kararını verirken **Buz**’un²⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin anılan kararını incelediği makalesine ve Federal Mahkeme’nin sözleşme ilişkisi içerisindeki tarafların fazla aldıklarını iade etmeleri yönünde zımni bir yükümlülükleri olduğu yönündeki yorumuna gönderme yaptığını görmekteyiz. Değerlendirmeler sonucunda, fazla ödemeye ilişkin iade talebinin sözleşmeye dayanması ve zaman aşımının da 10 yıl olması gerektiğine hükmedilmiştir.

Yargıtay, sözleşmenin bozucu koşula bağlanmış olması halinde de koşulun gerçekleşmesi ile ifa edilmiş edimlerin iade edileceğinin kararlaştırıldığı durumlarda da iadenin sözleşmeye dayandığı kabul edilmektedir²¹.

Ayrıca belirtelim ki, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından farklı olarak, Yargıtay hataen yapılan fazla ödemenin iadesinin de taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine dayalı olacağı kanaatindedir. Bu doğrultuda Yargıtay’ın 13.06.2007 tarihli HGK Kararında (18-330/350 sayılı)²² Davacı tarafından hataen yapılan fazla ödemenin sözleşme hükümleri çerçevesinde iade edileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Karara konu olayda, eğitim bursu ile okuyan öğrencinin öğrencilikten atılması dolayısıyla burs olarak aldığı nakdi geri ödeme borcu doğmuştur. Davacı öğrenci, borcunu yerine getirirken hataen fazla ödemede bulunmuş ve bu fazlalığın kendisine iadesini talep etmiştir. Yargıtay, iade ödemelerinin miktarının hatalı hesaplandığı ve kuruma fazladan yapılan ödemelerin iadesinin taraflar arasındaki sözleşmesel ilişiyi çerçevesinde talep edileceğini kabul edilmiştir.

Yukarıdaki anlatılanlardan görüldüğü gibi bir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan kişiler hataen veya sözleşmedeki geçici ödeme kararlaştırması

²⁰ **BUZ**, Fazla ifa halinde iade, s. 139-140.

²¹ Bu görüşten olarak bkz. Rona **SEROZAN**, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, Kocayusufpaşaya Armağan, Ankara 2004 (atf: Geri Verme Yükü), s. 198; **EREN**, Borçlar Genel, s. 1177, 1178.

²² Karar için bkz. kazanci.com.tr

kapsamında diğer tarafa fazla ödemede bulunmuşlarsa bu fazla ödemenin yine sözleşme çerçevesinde iade edileceği Yargıtay kararlarında kabul edilmeye başlanmıştır. Yargıtay bu kanaatini, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin fazla ödemelerin iade edileceği yönünde zımni bir kararlaştırmayı da içerdiği haklı yorumuna dayandırmıştır. Yargıtay keza, geciktirici veya bozucu şartın gerçekleşmesi dolayısıyla sözleşmenin hükümsüz kalması dolayısıyla verilenin iade edilmesi yönündeki talebin de bu yönde zımni bir anlaşmanın bulunduğu kanaatiyle sözleşme hükümlerine dayanacağını kabul etmiştir. Fazla yapılan ödemelerin iade edilmesi, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin doğal bir sonucu olduğu yorumuna katılmamak mümkün değildir. Bu durum taraflar arasındaki ilişkinin beklenen sonucu ve aşağıda açıklanacak olan “koruma ödevleri” ile “dürüstlük kuralı” gereğidir.

Diğer taraftan, İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarında fazla ödemeleri hataen yapılmış olanlar ile sözleşmeye dayalı yapılan geçici ödemeler olarak ayırd etmesi ve ilkini sebepsiz zenginleşme ikincisini de sözleşme hükümlerine dayandırması, eleştiriye açıktır. Zira, borç miktarının belirli olduğu bir ilişkide yapılan fazla ödemenin iadesi, ister hataen ister geçici ödeme hükmüne dayalı yapılsın, yönünde zımni bir anlaşma bulunduğu tartışmasızdır. Bu yorum borç ilişkisinin doğal bir sonucu ve fazla alınanın iadesi de tarafların doğal borcu teşkil edecektir.

2. Temerrüd, Ayıp veya Zapt dolayısıyla sözleşmeden dönülmesi sonucu ortaya çıkan iade talepleri

Borçlu temerrüdü, ayıplı ifa ve zapt dolayısıyla sözleşmeden dönülmesi halinde tarafların önceden verdiklerinin iade edilmesi yönündeki taleplerin hangi hukuki sebebe dayanacağı öğretide çok tartışılan konulardandır. Bu durum daha çok sözleşmeden dönülmesinin borçlandırıcı işleme etkisinin ne olacağının kanunda düzenlenememiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işleme etkisini açıklayan iki temel görüş bulunmaktadır: “klasik dönme” ve “yeni dönme” teorileri.

Klasik dönme teorisi uyarınca²³ sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. **Yeni dön-**

²³ Bu görüşten olarak bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 529 vd; TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (atıf: mesuliyet), s. 504; Feyzi FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, II, İstanbul 1976, s. 263.

me teorisi²⁴ uyarınca ise sözleşmeden dönülmesiyle sözleşme sona ermeyip içerik değiştirmekte ve önceden ifa edilmiş edimlerin iadesi yönünde tasfiye ilişkisi kurulmaktadır.

Sözleşmeden dönme ile tarafların önceden verdiklerini iade etmeleri gerekecektir ve bu iade talebinin hukuki dayanağının ne olacağı da tartışma konusu olmuştur. Bu konu özellikle ifa edilmiş olan tasarruf işleminin akıbeti açısından tartışma konusu olmuştur. Bir görüş²⁵ uyarınca, borçlandırıcı işlemin ortadan kalkması ifa edilmiş olan tasarruf işlemini etkilemeyecek ve önceden verilmiş edimlerin iadesi *sebepsiz zenginleşme* hükümlerine tabi olacaktır. Diğer bir görüşe²⁶ göre ise, borçlandırıcı işlemin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ifa edilmiş tasarruf işlemini de etkilemektedir ve verilen şeylerin iadesi talebi, sebebe bağlılık ilkesinin doğal sonucu olarak, “*ayni nitelikli istihkak*” talebine dayanmaktadır. Bu görüş “ayni etkili dönme teorisi” veya “istihkak teorisi” adlarıyla da anılmaktadır. Buna göre sebebe bağlılık ilkesi sonucunda borçlandırıcı işlemin ortadan kalkması tasarruf işlemini de etkilenmiş ve mülkiyet karşı tarafa geçmeyerek tescil yolsuz

²⁴ Dönüşüm teorisi olarak da adlandırılan bu teoriyi savunan yazarlar: Rona **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007 (atf: Sözleşmeden Dönme), s. 78 vd.; Rona **SEROZAN**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Ek: Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2016, (atf: İfa), § 17, N. 16,17 vd, s. 235 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s 1121, 1122; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 962.

²⁵ Bu görüşten olarak bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.I, s. 529 vd; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 504; **FEYZİOĞLU**, II, s. 263

²⁶ Turgut **ÖZ**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (atf:Eser Sözleşmesinden Dönme), ss. 39-42; **ÖZ**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 103, 104; Turgut **ÖZ**, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu sözleşme gereğince Kazanılmış ayni haklara etkisi ve klasik dönme kuramı ile yeni dönme kuramının kısa bir karşılaştırılması eleştirisi”, MHAD 1985, ss. 131-172 (atf: Borçlu Temerrüdü), s. 162 vd; Vedat **BUZ**, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (atf: Borçlu Temerrüdü), s. 151, 152.

Yargıtay da özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin taahhütleri yerine getirmemesi sonucunda arsa malikinin sözleşmeden dönmesi haliyle ilgili ayni görüşü benimsediği görülmektedir. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat yapımı sözleşmelerinde arsa malikinin sözleşmeden dönmesi halinde sözleşme dolayısıyla müteahhit adına geçirilen tapuların iptal edilip mülkiyetin arsa sahibine döneceği yönünde kararlar için bkz. Yarg. 15. HD 16.4.2012, 2647/4512 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 1. HD, 16.10.2000, 12433/13094 (www.kazanci.com.tr)

kalmıştır. Diğer taraftan yeni dönme görüşü²⁷ uyarınca, iade taleplerinin sebepsiz zenginleşme veya istihkak davası ile bir ilgisi olmayıp, hukuki sebebi oluşturan sözleşme ortadan kalkmayıp taraflar arasında tasfiye amacıyla devam etmekte ve iade talebi de sözleşmeye dayanmaktadır.

Bizim de katıldığımız “yeni dönme görüşü” giderek taraftar toplamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin de 1985lerden sonraki kararlarında bu görüşe katıldığını görmekteyiz. Hatta “yeni dönme görüşünün” İsviçre öğretisinde artık oybirliğiyle benimsendiği kabul edilmektedir²⁸. Federal Mahkeme tasfiye ilişkisine borçların ifası ile ilgili genel kuralları ve özellikle de zamanaşımı ile ilgili kuralı uygulamaktadır²⁹.

Federal Mahkemenin 1988 tarihli emsal niteliğindeki kararında (ATF 114 II 152) temerrüd dolayısıyla sözleşmeden dönülmesi halinde sadece tazminat taleplerinin değil aynı zamanda önceden verilenlerin iadesine yönelik taleplerin de sözleşmesel hükümler çerçevesinde 10 yıllık zamanaşımına tabi olacağına karar vermiştir (Luzern yerel mahkemesinin kararı)³⁰.

Keza, İsviçre Federal Mahkemesi 2007 tarihli başka bir satış sözleşmesinde alıcının bedeli ödemede temerrüdü dolayısıyla sözleşmeden dönülmesi ile ilgili ihtilafta anılan 1988 tarihli karara atıf yapılarak iade taleplerinin 10 yıllık zaman aşımına tabi olacağını tereddütsüz kabul edilmiştir (ATF 132 III 226, JdT 2007 I 445).

Yargıtay kararlarına bakıldığında iadelerin sözleşmesel olması gerektiği yönündeki kararların yukarıda aktarılan Federal Mahkeme kararlarından çok daha eski tarihlere dayandığını görmekteyiz. Mesela, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.01.1968 tarihli, 1966/T-1728 E, 1966/6 K. sayılı kararında, “feshedildiği ileri sürülen bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın, sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi ve zamanaşımının da buna göre belirlenmesi gerektiği” belirtilmiş ve bu karar daha sonraki Yargıtay kararları açısından emsal teşkil etmiştir. Sonraki tarihli kararların çoğunda

²⁷ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 96, 603 vd.; SEROZAN, İfa, s. §17, N. 18, 237 vd.; EREN, Borçlar Genel, s. 1122.

²⁸ Bu yönde bkz. CHAPUIS, Commentaire Romand, Art. 62, N. 38, s. 584.

²⁹ Pierre TERCİER/Pascal PICHONNAZ/Murat DEVELİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2016 İstanbul, s. 413, N. 1320; EREN, Borçlar Genel, s. 1122.

³⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 114 II 152 sayılı kararıyla ilgili olarak ayrıca bkz. BUZ, Sözleşmeden Dönme, 128, 129.

bu 1968 tarihli HGK kararına yollama yapıldığını ve aynı yönde hüküm verildiğini görmekteyiz³¹. Keza HGK'nun 19.6.2015 tarihli (22-2310/1729 sayılı)³² kararında, iş sözleşmesi feshedildikten sonra açılmış iade davasının verilen kararda Yargıtay'ın konu ile ilgili kanaati açıkça ifade edilmiştir:

“... hukuki işlemin borç doğurmasının nedeni irade açıklamasıdır. Sebepsiz zenginleşmenin borç doğurmasının nedeni ise, tam aksine, kişinin iradesi dışında malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesidir.

Bunun sonucu olarak, taraflar arasında malvarlıkları arasındaki değişim bir sözleşmeye, yani tarafların açıkladıkları iradeye dayanırsa, sebepsizlikten ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşmeden söz edilemez.

Aynı ilkenin bir sonucu olarak sözleşmeden doğan bir hukuki ilişkinin bulunduğu hallerde tarafların sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunması olanaklı değildir.

Hukuk Genel Kurulunun 17.02.2010 gün ve 2010/13-93 E., 2010/88 K. sayılı kararında feshedilen bir kredi kartı sözleşmesinden doğan istirdat talepli uyuşmazlıkta, sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. **Yine, Hukuk Genel Kurulunun 13.6.2007** gün ve 2007/18-330 E., 207/350 K. sayılı kararında da benimsenmiş olup, sözleşme niteliğindeki yüklenme senedinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, fazla ödenen paranın geri alınmasının sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Bunun yanında, Hukuk Genel Kurulunun 6.1.1968 gün ve E:1966/T-1728, K:6 sayılı kararında da, feshedildiği ileri sürülen bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi ve zamanaşımının da buna göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.”

³¹ Benzer yönde olarak, sona eren sözleşme ilişkisine dayalı iade talebin sebepsiz zenginleşme değil sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirten kararlara örnek olarak ayrıca bkz. Yarg. HGK 17.02.2010, 93/88; HGK 14.03.2012, 2011/13-748 E, 2012/140 K; Yarg. 13. HD 17.9.2015, 6614/27247 (kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr).

³² Karar için bkz. www.kazanci.com.tr

Yukarıda aktarılan bilgilerden anlaşıldığı gibi sözleşmeden dönülmesi halinde önceden ifa edilmiş olan iadesinin sözleşme hükümlerine tabi olacağı hem “yeni dönme görüşü” çerçevesinde hem de içtihatlarca yoğun şekilde İsviçre öğretisinde ise oybirliği ile benimsenmeye başlamıştır. Bu doğrultuda ayıp ve zapt dolayısıyla da sözleşmeden dönülmüş olan hallerde de - temerrüd dolayısıyla sözleşmeden dönülmesinde kabul edildiği gibi - aynı şekilde tasfiye ilişkisinin sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılacağı kabul edilmektedir.

B. SÖZLEŞMENİN KURULUŞ AŞAMASINDAKİ SAKATLIK DOLAYISIYLA TASFİYE İLİŞKİSİ

Sözleşmenin kuruluş aşamasında oluşan “ehliyetsizlik, hukuka ve ahlaka aykırılık, şekle aykırılık ve irade bozuklukları” gibi bir sakatlık dolayısıyla baştan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımı ile sakat olan sözleşmelerde de yine tasfiye ilişkisi söz konusu olacaktır.

Bu başlık altında incelediğimiz kuruluş aşamasında sakatlık dolayısıyla hükümsüz olan sözleşmeler öğretide genellikle yukarıdaki başlıkta incelediğimiz sonradan geçersiz hale gelmiş sözleşmelerden ayrı tutularak değerlendirilmektedir. Bu şekilde baştan geçersiz bir borçlandırıcı işleme dayalı olarak karşı tarafa verilmiş olanların iadesinin, borçlandırıcı işlemdeki sakatlığın sebebi dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilmesi doğru olacaktır.

Borçlandırıcı işlemdeki sakatlık mesela ehliyetsizlik veya irade sakatlığı gibi bir sebepten kaynaklanıyorsa büyük ihtimalle tasarruf işlemi de aynı sebeplerle (ehliyetsizlik veya irade sakatlığı) sakatlamış olacağından önceden verilmiş olan eşyanın mülkiyeti kazanılamaz ve iadesi istihkak talebine dayandırılır.

Diğer taraftan borçlandırıcı işlemdeki sakatlık şekle aykırılık veya ahlaka aykırılık gibi bir sebepten kaynaklanıyorsa bu sakatlık tasarruf işlemini çoğunlukla etkilemeyecektir. Tasarruf işlemi geçerli bir şekilde yapılmış, edimler ifa edilmiş ise verilenlerin iadesi sebebe bağlılık veya soyutluk prensibinin uygulanmasına göre farklı hükümlere tabi olacaktır. Taşınırлар açısından tasarruf işleminin soyutluğu prensibinin uygulanması sonucu, borçlandırıcı işlemin geçersiz olması tasarruf işlemini etkilemediğinden önceden ifa edilen taşınırın mülkiyeti onları elinde bulunduranda kalmaya devam edecektir. Bu durumda iade talebi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca

talep edilecektir. Sebebe bağıllık prensibi uyarınca ise borçlandırıcı işlemin geçerli olmaması tasarruf işleminin geçerliliğini de etkileyeceğinden iade talebi mülkiyet hakkına dayanacaktır.

Görüldüğü gibi baştan geçersiz bir sözleşme çerçevesinde ifa edilmiş olan edimlerin iade edilmesinin, sebebe bağıllık ilkesi çerçevesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine; soyutluk prensibi çerçevesinde istihkak ve zilyedliğin iadesi hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi taraflar arasında bir hukuki temas (yakınlaşma) bulunduğu ve edimler hukuki ilişkinin mevcudiyetine güvenilerek ve bir değiş tokuş ilişkisi içerisinde tarafların iradesiyle ifa edilmiş olduğundan bunların iadesi talep edilirken de bu hukuki yaklaşmanın dikkate alınması hakkaniyete daha uygundur. Bu açıdan bakıldığında ifa edilmiş edimlerin iadesi ve tasfiye ilişkisi açısından batıl sözleşmelerin taraf menfaatlerinin temerrüd veya ayıp dolayısıyla sona ermiş sözleşme taraflarından daha az korunması kabul edilebilir değildir.

Tüm bu kaygılar sonucunda “kesin hükümsüz veya iptal edilmiş sözleşmelerin” tasfiyesinin de “yeni dönme teorisi” ile savunulan görüşe paralel bir şekilde sözleşme hukuku kuralları uyarınca yapılması gerektiği son yıllarda hızla taraftar³³ toplamıştır. Bu görüşün taraftar toplamasının sebebi olarak “sebepsiz zenginleşme talebinin” tabi olduğu kısa zaman aşımı ve aşağıda detaylı anlatılacak olan iade kapsamı gibi avantajlı olmayan, çok eleştirilen hükümlerden uzaklaşma arzusu gösterilebilir. İsviçre Federal Mahkemesi birçok kararı ile bu tür durumlarda da tasfiyenin sözleşme hükümlerine tabi olması yönündeki yeni akımı desteklemektedir. Aşağıdaki kararlar bazı örneklerdir:

- İsviçre Federal Mahkemesinin 2003 tarihli bir kararına konu olayda sözleşmenin irade sakatlığı (hile) dolayısıyla iptal edilmesi halinde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olacağını belirtip ancak verilenlerin iadesinin

³³ Bu görüşten olarak bkz. Bruno **SCHMIDLIN**, “Le sort du contrat résolu ou annulé : l’effet ex tunc ou la liquidation du contrat par la in integrum restitutio“, *Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bale-Genève-Munich 1999, s. 333-346, s. 345 vd; bu görüş için ayrıca bkz. **CHAPPUIS**, *Commentaire Romand*, Art. 62, N. 52, 53, s. 588, 589, N. 48, s. 586; **CHAPPUIS**, *L’enrichissement illégitime*, s. 30; bu görüşten olanlarla ilgili bilgi için bkz. Vedat **BUZ**, “Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi”, *Rona Serozan’a Armağan Cilt I*, İstanbul 2010 (atıf: Akamate uğrayan sözleşme ilişkileri), s. 611-661, s. 620, dn. 18, 19 da zikredilen yazarlar.

geçersiz de olsa bu sözleşmesel ilişki göz önünde tutularak yapılması gerektiği belirtilmiştir (ATF 129 III 320, JdT 2003 I p. 331, c. 7.1.1, 7.2 ve c.7.3)

- İsviçre Federal Mahkemesinin 2009 tarihli kararında (SJ 2009 I 77), emredici nitelikli kartel kanununa aykırı olması dolayısıyla geçersiz olduğu belirlenen sözleşme dolayısıyla tarafların verdiklerinin iade edilmesi yönündeki taleplerin 10 yıllık zaman aşımına tabi olacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi İsviçre Federal Mahkemesi, sebepsiz zenginleşmenin menfaat dengesini korumadığı ve zamanaşımının çok kısa olduğu gibi eleştirileri haklı bularak, tarafların bir sözleşme ilişkisi içerisinde değiş tokuş ettikleri edimlerin iadesiyle ilgili taleplerin sebepsiz zenginleşmenin kısa zamanaşımına değil sözleşme ilişkilerine uygulanan 10 yıllık zamanaşımına tabi olacağını ve tasfiyenin, geçersiz de olsa sözleşme ilişkisi dikkate alınarak yapılacağını kabul etmektedir.

Yargıtay kararları incelendiğinde Yüksek mahkemenin uzun zamandır kesin hükümsüz sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme değil sözleşmesel zamanaşımına tabi olması gerektiği kanaatinde olduğu rahatlıkla anlaşılmaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 7.6.1939 tarihli (1936/31 E, 1939/47 K. Sayılı)³⁴ Kararına konu olayda *şekil şartına uyulmadan yapılmış bir taşınmaz satışına* dayalı olarak ödediği bedelin iadesi talep edilmiş ve Yüksek Mahkeme, iade talebinin “taraflar arasında geçersiz de olsa sözleşme bulunduğundan 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı”na karar vermiştir.

Yargıtay'ın benzer yönde birçok kararı arasından yakın tarihli bir kararını burada örnek olarak alıntılama fayda bulunmaktadır. Yargıtay 3. HDnin 25.02.2015 tarihli (2014/21494 E, 2015/2983 K sayılı) kararına³⁵ konu ihtilafta geçersiz traktör satışı sözleşmesi dolayısıyla alıcı ödediği paranın iadesini talep etmiş mahkeme de şu şekilde karar vermiştir:

“Ancak davacı ile davalı Mehmet arasında düzenlenen araç alım-satım sözleşmesi noterde yapılmadığı, haricen yapıldığı için davacıya mülkiyet hakkı devrini sağlamaz ise de taraflar arasında

³⁴ Karar için bkz www.lexpera.com.tr

³⁵ Karar için bkz. kazanci.com.tr. Yargıtay'ın benzer yönde kararları için bkz. Yarg. 3. HD. 31.11.2017, 16337/16884; Yarg. 3. HD. 16.3.2017, 2016/10458 E., 2017/3228 K. (kazanci.com.tr).

geçersiz de olsa sözleşmeden kaynaklanan alacak söz konusu olduğuna göre davada TBK'nun 82. (BK'nun 66.) maddesinde açıklanan zamanaşımı süreleri değil, TBK'nun 146. (BK'nun 125) maddesinde düzenlenen 'Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.' hükmü gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır."

Görüldüğü üzere taraflar arasında geçersiz de olsa sözleşme kaynaklı bir ilişki olduğu durumda BK m. 82 yerine BK m. 146 hükmü uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacağı artık Yargıtay'ın müstakar içtihadı haline gelmiştir.

Yukarıda sözleşme ilişkisinin tasfiye sürecine girip de edimlerin iade edilmesi gereken tüm durumlar açısından "yeni dönme görüşü"ne paralel bir yol izlenme eğilimi bulunduğunu belirttik. Hal böyle olmakla beraber bazı yazarlar³⁶ da tasfiye ilişkisinin sözleşme hükümleriyle dahi tatminkar şekilde çözülemeyeceği bu konuda kanun boşluğu bulunduğu ve aslında bu konunun özel hükümlerle düzenlenmeye ihtiyaç olduğu belirtmektedir. Bu konu ve gerekçeleri aşağıdaki başlık altında açıklanacaktır.

II. TASFİYENİN ORTAK ESASLARA TABİ TUTULMASININ GEREKLİLİĞİ

A. TASFİYE İLİŞKİSİNİN SÖZLEŞMESEL HÜKÜMLERE TABİ TUTULMASININ GEREKLİLİĞİ

Yukarıda anlatılanlardan da görüldüğü gibi sözleşme ister sonradan ifa aşamasındaki bir sorun yüzünden sona erdirilmiş olsun isterse de daha kuruluş aşamasındaki bir sorun yüzünden hiç kurulmadan kesin hükümsüz olsun; her iki durumda da tarafların verilmiş olan edimlerin iade talebi açısından beklentileri ve menfaatleri çok benzer hatta ayırt edilmez durumdadır. Zira her durumda taraflar öncelikli olarak ilişki çerçevesinde verdiklerini iade almak istemektedirler. Bu sebeple tasfiye ilişkisini, sakatlığın sözleşmenin

³⁶ **BUZ**, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkileri, s. 641 vd ve özellikle 648 vd.. **Buz**, "yeni dönme teorisinin" tüm sözleşme tasfiyeleri açısından çözüm olamayacağını zira bu görüşün uygulanacağını savunduğu sözleşme hükümleri arasında dahi konuyu tatminkar şekilde çözümlenecek hüküm olmadığını belirtmektedir. Yazar ayrıca Almanya'da da bu sebeplerle yeni dönme teorisinin genişletilmeyerek sözleşmeden dönme ile sınırlı tutulduğunu belirtmiştir (Akamete uğrayan sözleşme ilişkileri, s. 641 vd.).

başında mı yoksa ifa aşamasında mı ortaya çıktığına göre farklı hükümlere tabi tutmak doğru değildir. Tüm tasfiye ilişkilerine uygulanabilecek hükümler bulunması, “de lege feranda” anlamında sorunu hakkaniyete uygun olarak çözümleyecektir. Ancak bu şekilde, tasfiyeye ilişkin özel hükümler kabul edilene kadar acaba ne yapılabilir?

Sözleşme ister sonradan sona ersin ister baştan kesin hükümsüz olsun her durumda taraflar açısından ortak özellik; ilişkinin tarafları arasında bir yakınlaşma, bir sosyal temas olduğudur. Bu yakınlaşmanın hukuki sebebi- nin ne olduğu önem arz etmemekte, önemli olan bu kişilerin iradi olarak bir araya gelmiş olmaları ve bu çerçevede iradi olarak ifada bulunmuş olmalarıdır. Böyle bir sosyal temas içinde bulunan kişilerin birbirine karşı dürüst- lük kuralı kaynaklı “*koruma ödevi*” bulunduğu öğretide ve uygulamada ka- bul edilmektedir. Koruma ödevleri uyarınca³⁷, bir hukuki işleme yönelmiş olarak temas kurmuş kişiler, birbirlerine doğru bilgi vermek, aydınlatmak, birbirlerinin can ve malını zarardan koruyacak tedbirler almak yükümlü- lüğü altına girmektedirler. Koruma ödevleri ile taraflar arasında hiçbir asli edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen sadece “koruma ödevleri” kaynaklı bir borç ilişkisinin mevcudiyeti kabul edilmiştir. Kısaca tarafların birbirine za- rar vermekten kaçınması olarak ifade edilebilecek bu borç ilişkisi, “sözleşme kurulmadan önce kurulmalar esnasında” veya “sözleşme ilişkisi sırasında” ve hatta “sözleşme sona erdikten sonra” dahi bir süre devam etmektedir. Bu anlamda öğretide, sözleşme görüşmelerine başlamış taraflar arasındaki ko- ruma ödevleri ve buna dayanan borç ilişkisi “*culpa in contrahendo (CIC)*”³⁸

³⁷ “Koruma ödevleri”ne “davranış ödevleri” de denmektedir. Kişilerin birbirlerini karşılıklı olarak zarardan koruma ödevi, kural olarak, MK m. 2’deki dürüstlük kuralına dayanmak- tadır. Bu kavramın ilk belirleyicilerinden olan STOLL da, sözleşmenin tarafları arasından edim yükümlülüğünden başka sıkı bir güven ilişkisinin de mevcut olduğunu ve bu güven ilişkisinden “koruma ödevleri”nin doğduğunu belirtmiştir. STOLL, koruma ödevlerinin, ifa- nın başarısından yani, amaca uygun gerçekleştirilmesinden bağımsız olarak, «zarardan uzak tutulmaya» yönelmiş olduğunu belirtmiştir. Bu ödevler, sözleşme ilişkisindeki sinellagma- nın içeriğine girmemektedirler. (Bu paragraftaki bilgiler için bkz. Heinrich STOLL, Die Lehre von Leistungstörungen, Tübingen 1936, s. 26, 27; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Cilt I Giriş, § 2, N. 15; EREN, Borçlar Genel, s. 40-42; Tuba AKÇURA KARAMAN, Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 78-82.

³⁸ Bu teori hakkında bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Cilt I Giriş, § 2, N. 8, s. 8, 9; EREN, Borçlar Genel, s. 43; OĞUZMAN/ÖZ, s. 321-324; Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar, 14. bası, İstanbul 2006, s.

olarak adlandırılırken; edim yükümlülükleri ihtiva eden borç ilişkisi (sözleşme) sona erdikten sonra taraflar arasında devam eden koruma ödevlerini ifade etmek için de öğretide “*culpa post pactum perfectum/culpa post contrahendum*”³⁹ ifadesi kullanılmaktadır.

Bu iki teori (CİC ve culpa post pactum perfectum) açısından taraflar sözleşme ilişkisi kurmayı hedeflemektedirler. Oysa zamanla “koruma ödevlerinin” bir sözleşme ilişkisi kurmaya yönelmiş olmayan kişiler arasında dahi mevcut olabileceği savunulmuştur. İşte bir sözleşme ilişkisi kurma iradesi bulunmasına bağlı olmadan belli durumlarda taraflar arasında mevcut olduğu kabul edilen bu “koruma ödevleri”nin ortaya çıkardığı borç ilişkisini ifade etmek için çok geniş bir ifade ile “**edim yükümlüğünden bağımsız borç**”⁴⁰ kavramı kullanılmıştır. Böylece, bir sözleşme kurma iradesinden

219; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 976 vd.; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 493 ; İlhan ULUSAN, Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982 (atıf: Culpa), s. 275 vd.; Herbert SCHÖNLE, «La bonne foi dans les relations entre particuliers», Droit des Obligations et Droit Bancaire, Etudes, Bale/Francfort-sur-le-Main 1995, s. 29-76 ; Pierre ENGEL, Traité des Obligations En Droit Suisse, 2. éd., Berne 1997, s. 747- 755; Paul PIOTET, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963 (CİC); Paul PIOTET, «La responsabilité précontractuelle, spécialement du fait d’autrui», Paul Piotet Contributions choisies, Recueil offert par la Faculté de droit de l’Université de Lausanne à l’occasion de son 80ème anniversaire, Genève, Zurich 2004, s. 722 (Responsabilité précontractuelle).

LARENZ, “culpa in contrahendo” müessesesinin uygulama alanını genişletmiş, gerçek anlamda sözleşme görüşmeleri başlanmış olmasa dahi sadece bu tarz görüşmeleri hazırlayıcı nitelikteki ticari temasların başlamasıyla koruma ve sadakat yükümlülüğünün doğacağını ileri sürmüştür (Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 (atıf: SR I), s. 109). Tabii ki uygulama alanındaki bu genişleme sınırsız değildir; taraflar arasında koruma ödevinin mevcudiyetinden bahsedebilmek ve dolayısıyla, sözleşme görüşmelerini hazırlayıcı nitelikteki temasların başlamış olduğunu kabul edebilmek için, tarafların, bir *hukuki işlem (sözleşme) kurmak amacıyla temasa girişmiş* olmalarını aramaktadır. Yazar, ancak, hukuki işlem kurmak amacı ile bir temasa girişilmesi halinde, sözleşme hukuku ilkelerinin uygulanmasını haklı kılabilecek bir koruma yükümlülüğü ilişkisinin kurulmuş sayılabileceğini belirtmektedir.

Kocayusufpaşaoğlu’nun (Cilt I Giriş, § 2, N. 8, 12 vs.) düşüncesi çok belirgin olmasa da Larenz’ın ayırımını benimsediği izlenimi yaratan ifadeler kullanmıştır.

³⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Cilt I Giriş, § 2, N 16; SEROZAN, İfa, §19, N. 6; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 38.

⁴⁰ Bu teori hakkında bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Cilt I Giriş, § 2, N. 6, s. 12 vd.; EREN, Borçlar Genel, s. 42 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 39; ULUSAN, Culpa, s. 314- 316; Rona SEROZAN, “Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi

bağımsız bir şekilde, sosyal temas içine girmiş kişilerin birbirine zarar veren davranıştan kaçınma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmiştir. Almanya’da doğup gelişen bu görüş Türk hukukuna SEROZAN⁴¹ tarafından getirilmiş ve savunulmuştur. Yazar, tarafların hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmiş olmalarının, koruma ödevinin mevcudiyetinin kabul edilmesi için yeterli olduğunu belirtmektedir.

Yukarıda anlatılan “CİC”, “culpa post pactum perfectum” ve “edim yükümden bağımsız borç” teorilerinin ortak noktası, bu teoriler kapsamındaki kişiler arasında “koruma ödevleri”ne dayalı bir borç ilişkisi bulunduğu ve koruma ödevine aykırı davranış sonucu zarar gören tarafın tazminat talebinin haksız fiil hükümleri değil sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesinin gerektiğidir⁴². SEROZAN⁴³, bir kimsenin, belirli bir kimseden kendisini özel, somut bir zarardan korumasını beklediği ve dürüstlük kuralına göre de beklemekte haklı olduğu hallerde, haksız fiil değil, “koruma ödevine aykırılığın” söz konusu olduğunu ve sözleşme hukuku kurallarının uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Hakim görüş⁴⁴, bu sorumluluğa sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir. Buna göre; MK m. 2 kökenli “koruma ödevleri”nin ihlal edilmesinden doğan sorumluluk kanunda açıkça düzenlenmemiş olup bu konuda bir kanun boşluğu bulunmakta ve bu boşluğun sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması gerekmektedir (MK m. 1).

Hakim görüş çerçevesinde sosyal temasta bulunan kişilerin birbirlerine karşı tazminat talepleri açısından devreye giren “koruma ödevlerinin”, bu kişilerin aynı sosyal temas çerçevesinde vermiş olduklarını iade talepleri

Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, yıl: 1, sayı 3, 1968, s. 108-129 (atf: edim), s. 122-126; Çiğdem KIRCA, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 98, 158 vd.

41 SEROZAN, Edim, s. 123.

42 Bu görüşle ilgili bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 37; EREN, Borçlar Genel, s. 42; ULUSAN, Culpa, s. 316.

43 SEROZAN, Edim, s. 122. Buna göre, herkesten beklediğimiz soyut ve genel davranış yükümlülüklerinin ihlali halinde haksız fiil sorumluluğu hükümleri uygulanacak, “özel, somut bir güven ilişkisi” çerçevesinde şart koştığımız, belirli bir kişiye karşı somut bir zarardan koruma ödevinin ihlâl edilmesi halinde de sözleşmesel sorumluluk hükümleri uygulanacaktır.

44 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Cilt I Giriş, § 2, N. 8, s. 9, §49, N. 27; Serozan, Cilt III İfa, § 19, N.1, s. 254.

açısından mevcut olmadığı söylenemez. Diğer bir ifade ile, arasında “koruma ödevlerinin” mevcut olduğu kabul edilen kişilerin birbirlerine karşı tazminat taleplerine kıyasen sözleşme hükümleri uygulanıyorsa bu kişilerin iade taleplerine de aynı şekilde -ve aynı gerekçelerle- sözleşme hükümlerinin uygulanması doğru olacaktır. Tazminat talepleri ile iade taleplerini farklı hukuki rejime tabi tutmanın gerekçesini bulmak kolay değildir. Kaldı ki, bu çalışma çerçevesinde açıklamaya çalıştığımız gibi, iade borcunun “sebeptsiz zenginleşme” veya “zilyetlik” hükümlerine göre değil de taraflara arasındaki menfaat dengelerini dikkate alarak sözleşme hükümleri uyarınca yapılması hakkaniyete daha uygundur⁴⁵.

İade borcunu, taraflar arasında dürüstlük kuralı temelli kanuni bir borç ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilerek, kıyasen sözleşme hükümlerine tabi tutmak uygun olacaktır. Nitekim 2003 tarihli Yargıtay HGK kararında⁴⁶ kesin hükümsüz bir satış sözleşmesi sonrası iadelerin kural olarak sebeptsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiği ancak bu hükümlerin somut olaydaki menfaat dengesini sağlamadığını dolayısıyla ihtilafa “akit öncesi sorumluluk (CİC)”da olduğu gibi sözleşmesel hükümlerin uygulanmasının doğru olacağını belirtilmiştir. Hüküm şu şekildedir:

“Ne var ki hukuken geçersiz sözleşmeden kaynaklanan bu nitelikteki bir uyuşmazlığın haksız iktisap kurallarına göre çözümlenip tasfiye edilebilmesi için öncelikle haksız iktisabın kapsamını tespit etmekte ilke ve esasların açıklanmasında zaruret vardır.

Geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir kişinin mal varlığından diğerinin mal varlığına kayan değerlerin eksiksiz iadesi denkleştirici adalet düşüncesine dayanır. Denkleştirici adalet ilkesi ise, haksız bir sebep olmaksızın başkasının mal varlığından istifade ederek kendi mal varlığını artıran kişinin elde ettiği bu kazanımı geri verme zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hale getirme yükümlülüğü bulunduğunu ifade eder.

⁴⁵ İade ilişkisinin de sözleşmeden dönülmesi halinde kabul edildiği veya CIC sorumluluğu ve diğer dürüstlük kuralına dayanan ilişkilerde olduğu gibi bir borç ilişkisi olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Bruno **SCHMIDLIN**, “Le sort du contrat résolu ou annulé: l’effet ex tunc ou la liquidation du contrat par la in integrum restitutio”, Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata, Bale-Genève-Munich 1999, s. 333-346, s. 334, 344, 345.

⁴⁶ Yarg. HGK, 11.06.2003, 13-414/410 (www.kazanci.com.tr)

Bilindiği gibi ülkemizde yaşanan enflasyon uzun yıllar boyu yüksek oranlarda seyretmiş ve paramızın değeri (alım gücü) de bununla ters orantılı olarak devamlı düşmüştür. Belli bir miktar paranın verildiği tarihteki alım gücü ile aynı miktar paranın aradan geçen zamana bağlı olarak iade günündeki alım gücünün farklı ve çok daha az olduğu bir gerçektir.

Bugüne kadar uygulanan kurallara göre geçersiz sözleşme gereğince alıcının akit tarihinde verdiği paranın aynı miktarda iadesine karar verilmesi, gerçek hayatta büyük sarsıntılara, tutarsızlıklara, adalete karşı var olması gereken güvenin sarsılmasına neden olmuş, kamu vicdanında haklı eleştiri konusu yapılmıştır. Hukuk kuralları, gerçek hayata uygun olduğu, toplumun adalet ihtiyacına cevap verebildiği sürece hayatiyetini devam ettirip saygınlık sağlar ve hukuk kuralı olma özelliğini korur. O nedenle hukuk kuralları, görevli organlarca değiştirilinceye, bu konuda yeni düzenlemeler yapılınca kadar zedelenmeden gerçek hayata, çağın gereklerine uygun olarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Bu görevin ise yargıya ait olduğunda duraksamaya yer yoktur. Nitekim gerek Yargıtay kararlarında ve gerekse öğretide bu görüşe paralel düşünceler bulunmaktadır.

Akit öncesi sorumluluk kurallarının geçersiz sözleşmelerde de uygulanması gerektiği, geçersiz sözleşmelerden dolayı olumsuz zararın istenebileceği, bu zarar kapsamında kaçırılan fırsat karşılığının da bulunduğu, olumsuz zararın bazı özel durumlarda olumlu zarar kadar dahi olabileceği, MK.’nın 2. maddesine akdin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği hallerdeki kavramları, hep bu zararetin sonucu ortaya konulan düşünce ve uygulamalardır. Yargının asıl görevi toplumun huzurunu sağlamaktır. Bunun için uygulanması gereken kurallar, mevcut yasaların ışığında bu yasa hükümlerine aykırı düşmeyecek şekilde yorumlanıp uygulanmalıdır.”

Yukarıda aktarılan 2003 tarihli HGK kararında Yargıtay, geçersiz sözleşmelerde taraflarca önceden ifa edilmiş olan edimlerin iadesinin sözleşme ilişkisi içerisinde talep edilebileceğini belirtmektedir. Kararda “akit öncesi sorumluluk” kurallarına yapılan yollama ile “culpa in contrahendo (CIC)” olarak adlandırılan sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk pren-

sibi kastedilmektedir. Kararda Yargıtay hakimın, MK m.1 çerçevesindeki boşluk doldurma yükümlülüğünü hatırlatarak geçersiz sözleşmelerdeki iade yükümlülüğü ile ilgili boşluğun CIC sorumluluğunda olduğu gibi sözleşmeye dayalı sorumluluk hükümleriyle doldurulmasının doğru olacağını belirtmektedir.

Yukarıda anlatılanlardan görüldüğü gibi, “koruma ödevleri” bir yakınlasma içine girmiş kişiler arasında bulunmakta ve birbirine karşı zarar vermekten kaçınma ödevi yüklemektedir. Keza geçerli bir sözleşme ilişkisinin kurulacağına güvenerek ifa edilmiş edimlerin iade edilmesi gündeme geldiğinde de aynı “koruma ödevleri” yine söz konusu olacak ve taraflar iade borcunu yerine getirirken “koruma ödevleri”ne uygun davranmaları gerekecektir. Bu kapsamda iade borcu açısından da çıkabilecek ihtilafa kıyasen sözleşmeye dayalı hükümlerin uygulanması uygun olacaktır. Ancak belirtelim ki iade borcunun ve tasfiye ilişkisinin bu şekilde sözleşme hükümlerine (BK m. 112 vd.) tabi tutulması belli oranlarda çözüm getirecektir. Aşağıda açıklanacağı gibi sözleşme hükümleri tarafların iade menfaatini dikkate almamakta dolayısıyla, başta hasara kimin katlanacağı meselesi olmak üzere bazı hususlar çözümsüz kalmaktadır.

1. Tasfiye ilişkisinin özellikle “zamanaşımı”, “iade borcunda sıra”, “bedel iadesinin kapsamı”, “zarar” gibi konular açısından sözleşme hükümlerine tabi tutulmasının gerekliliği

Sözleşmenin geçersizliği ister sözleşmenin kuruluş aşamasındaki isterse de ifa aşamasındaki bir sorun yüzünden ortaya çıksın; ifa edilen edimin iadesi talep edildiğinde her iki durumda da karşılaşılan öncelikli sorun yukarıdaki mahkeme kararlarından da görüldüğü gibi **“zaman aşımı”** olmakla beraber tabii ki bununla sınırlı değildir. Önceden ifa edilen edimlerin iade borcu, sözleşme hükümlerine tabi olarak talep edildiğinde BK m. 146 uyarınca 10 yılda zamanaşımına uğrayacaktır.

Tasfiye sırasında “zamanaşımı” dışında karşılaşılan diğer bir sorun da **“tarafların iade borçlarında sıranın nasıl belirleneceği”**dir. İadelerin “sebebsiz zenginleşme” hükümlerine veya taşınır mülkiyetini geçiren tasarrufi işlemin sebepten soyut olduğunu benimseyen görüş çerçevesinde “zilyedliğin iadesi hükümlerine” tabi kılınması halinde her iki tarafın iade borcu

birbirinden bağımsız iki ayrı iade borcu olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Bir taraftan kendi edimini iade etmesi, diğer tarafın iade borcundan bağımsız olarak istenebilecektir. Oysa edimleri geçersiz de olsa bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde değiş tokuş etmiş taraflar bunları iade ederken kendi karşı edimlerinin de iade edileceği yönünde güvenceyi haklı olarak isterler. Bu aşamada BK m. 97 deki “aynı anda ifa” kuralı tarafların kendilerini güvende hissetmelerini sağlayacaktır. Unutulmamalıdır ki, “karşılıklı sözleşmelerin ifası” açısından getirilen BK 97 hükmü çerçevesinde tanınan karşı edim teklif edilmedikçe kendi edim borcunu ifa etmekten kaçınma hakkı veren “ödemezlik def’i”ne başvurma imkanı, ne sebepsiz zenginleşme ne de zilyedliğin iadesi hükümleri çerçevesinde mümkündür. Zira bu hükümler taraflardan her birinin iade borcunu münferit, birbirinden bağımsız bir borç olarak kabul etmektedir. Hal böyle olmakla beraber öğretide sebepsiz zenginleşmeye tabi tasfiye ilişkilerine BK m. 97’nin kıyasen uygulanabileceği savunulmuştur⁴⁸. Kanaatimizce BK m. 97’nin sebepsiz zenginleşme rejimine kıyasen uygulanması müessesenin ruhuna uygun düşmemektedir. Oysa taraflar arasında, geçersiz de olsa bir sözleşme ilişkisine girilmiş olmakla kurulan “sosyal temas” dolayısıyla “kanuni bir borç ilişkisi” bulunduğunu kabul edersek bu şekildeki bir borç ilişkisine sözleşmesel sorumluluk hükümlerini ve dolayısıyla da BK m. 97 hükmünü uygulamak daha sorumluluk prensiplerinin “ratio legis”ine uygun olacaktır.

Yargıtay, müstakar içtihatlarında, geçersiz veya sona ermiş sözleşme dolayısıyla iadelerde sözleşmeye dayalı borçların ifasında uygulama bulan BK m. 97deki ödemezlik def’i ve aynı anda ifa kuralının uygulanacağını belirterek aslında tasfiye ilişkisinde sözleşme hükümlerine duyulan ihtiyacı gözler önüne sermektedir. Aşağıda alıntısı yapılmış kararlar bu yöndedir:

“5.11.1998 tarihinde taraflar arasında düzenlenmiş bulunan harici sözleşme gereğince aracın davacıya teslim edildiği ve onun zilyedliğinde bulunduğu, davacının davalıya gönderdiği 6.9.1999 tarihli ihtarname kapsamından açıkça anlaşılmaktadır. Davacı geçersiz sözleşme nedeniyle ödediği

⁴⁷ Tasfiye ilişkisinde iki ayrı sebepsiz zenginleşme ve iki ayrı iade talebi bulunduğu yönünde bkz. Turgut ÖZ, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine ilişkin içtihatlar ile, İstanbul 1990 (atf: Sebepsiz Zenginleşme), s. 170.

⁴⁸ ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 170; aynı eserde s. 170, dn. 52’de belirtilen yazarlar.

satış bedelini geri isteyebilmesi için aldığı aracın zilyedliğini de davalıya teslim etmek zorundadır (BK m. 81). O halde mahkemece, satış bedelinin tahsiline karar verilirken aynı zamanda ve karşılıklı olarak aracın da davalıya teslimine karar verilmesi gerekir.” (Yarg.13. HD, 24.4.2002, 2002/2852 E., 2002/4445 K., www.kazanci.com.tr)

“Sözleşme geçersiz olduğu için taraflar aldıklarını haksız iktisap hükümleri uyarınca karşılıklı olarak aynı anda iade etmekle yükümlüdür. Bu itibarla aracın davalıya iadesi koşuluyla davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.” (Yarg. 13. HD, 10.10.2005, 2005/8300 E., 2005/14757 K., www.kazanci.com.tr)

Yukarıdaki kararlarda Yargıtay geçersiz sözleşme ilişkisine dayalı ifa edilmiş edimlerin iadesinin “aynı anda ve karşılıklı” olması gerektiğini belirtmiş olsa da ikinci kararında iade taleplerinin “sebepsiz zenginleşme” hükümlerine tabi olacağını açıklamıştır. BK m. 97 hükmünün sebepsiz zenginleşme rejimine kıyasen de olsa monte edilmeye çalışılması sebepsiz zenginleşme müessesesinin sınırların suni olarak zorlanmasından başka bir şey değildir. Böyle kısmen sebepsiz zenginleşme kısmen sözleşme hükümleri kullanılarak derleme bir sistem yaratmaktansa tasfiye ilişkisinin “kanuni bir borç” olma niteliğine dayanılarak ilişkinin tümünün kıyasen sözleşme rejimine tabi tutulması daha amaca uygun çözüme ulaştıracaktır.

Geçersiz sözleşme dolayısıyla açılan iade davalarında Yargıtay, sebepsiz zenginleşme veya zilyedliğin iadesi hükümlerinin yetersiz kaldığı “ifada sıra” konusu dışında ayrıca iade edilecek para alacağının değer kaybının önlenmesi amacıyla da **“denkleştirici adalet ilkesi”** adı altında müstakar içtihat geliştirmiştir. Bu husus Yargıtay HGK’nın 11.6.2003 tarihli 13-414/410 sayılı kararından açıkça görülmektedir. İhtilafa konu olayda Davacı, Vakıflar idaresine ait bir taşınmaz satın almış ve adına tescil yapılmıştır. Ancak daha sonra taşınmazın özel mülkiyete konu olamayan bir taşınmaz olduğu gerekçesiyle Hazine dava açmış ve dava sonunda taşınmaz Hazine adına tescil edilmiştir. Dolayısıyla da alıcı Davacı, taşınmaz satış sözleşmesinin BK m. 27 çerçevesinde kesin hükümsüz olması dolayısıyla satıcısı Vakıflar İdaresinden ödemiş olduğu bedelin iade edilmesini talep etmiştir. Yargıtay Davacının ödemiş olduğu bedelin iadesi yönündeki talebin kapsamının “denkleştirici adalet ilkesi” uyarınca belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir:

“... somut olayda, davacı ile davalı vakıflar idaresi arasındaki taşınmaz satış sözleşmesinin hukuken geçersiz bulunduğu; alıcı davacının bu geçersiz sözleşmeye dayanmak suretiyle taşınmaz değerinin kendisine tazminat olarak ödenmesini isteyemeyeceğinin, sadece ve ancak geçersiz sözleşme nedeniyle davalıya ödediği satış bedelini sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde geri isteme hakkına sahip bulunduğu; davalı satıcının iade borcunun kapsamının da denkleştirici adalet kuralı çerçevesinde belirlenmesi gerektiğinin kabulü zorunludur.”

Davacının iadesini talep ettiği satış bedelindeki değer kaybının giderilmesi amacıyla Yargıtay tarafından geliştirilmiş olan “denkleştirici adalet ilkesi” uyarınca iade borcunun miktarı belirlenirken hesaba; enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artış, maaş artışları vs gibi ekonomik etkenlerin ortalamaları katılmaktadır. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 25.06.2013 tarihli ve 2013/7949 E. 2013/10514 K. sayılı kararı bu yöndedir:

*“...davalıya yapılan **ihale işleminin** 2886 Sayılı Yasada belirtilen yöntem ve ilkelere aykırı yapıldığı gerekçesiyle **iptaline karar verildiğinden...** mahkemece bilirkişiden alınacak denetimine elverişli rapor ile C.K.’ın 29 parsel sayılı **taşınmaz için ödediği satış bedelinin, dava tarihine kadar ulaştığı alım gücünün enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artış, maaş artışları vs gibi ekonomik etkenlerin ortalamalarının alınarak hesaplanıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...**”*

“Denkleştirici adalet ilkesi”, hukukumuzdaki klasik iade hükümlerinin yetersiz ve hakkaniyete aykırı sonuçlarını yumuşatmak adına ortaya atılmıştır. Klasik iade hükümlerimizden olan “sebepsiz zenginleşme (BK m. 79)” ile esas olan zenginleşen kişinin zenginleştiği miktarı iade etmesi olduğundan bu hükümler arasında paranın “değer kaybını” gidermeye yardımcı olacak düzenlemeye yer verilmemiştir. Konusu para olan iade taleplerinde, yukarıda açıkladığımız gibi, çoğu durumda paranın mülkiyetinin karşı tarafa geçtiği kabul edildiğinden, iade talebine genellikle “zilyedliğin iadesi hükümleri” değil “sebepsiz zenginleşme hükümleri” uygulanacaktır. Kaldı ki mülkiyetin karşı tarafa geçmediğinin kabul edildiği ve iadenin zilyetlik hükümlerine tabi tutulacağı bazı istisnai durumlarda ise kötüniyetli zilyed açısından MK m. 995 ile zararı tazmin yükümlülüğü getirilmiş ise de bu-

rada haksız fiil tazminatı söz konusudur⁴⁹. Davacı, “saf ekonomik zarar”⁵⁰ olarak nitelendirilen parasının değer kaybına yönelik taleplerini “haksız fiil sorumluluğu” çerçevesinde talep edemeyecektir.

Diğer taraftan, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, “tasfiye ilişkisinin kanuni borç ilişkisine dayandırılması” ile tasfiyeye sözleşmeye dayalı sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanabilecek ve kötünietli veya kusurlu taraftan tazminat talebi çerçevesinde değer kaybını da talep edebileceklerdir. Buradaki tazminat talebi, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından -CIC sorumluluğunda veya sözleşmeden dönülmesi halinde BK m. 124/f. 3 ile kabul edildiği gibi- menfi/olumsuz zararların tazmini çerçevesinde yapılacaktır. Menfi zararlar, sözleşmenin geçerliliğine olan güvenin boşa çıkmasına dayanan zararlardır. Burada bir hususu belirtmek gerekir ki, tasfiye ilişkisinin MK m. 2’ye dayalı bir borç ilişkisi oluşturduğunun kabulü halinde bu ilişkiye dayalı olarak talep edilebilecek menfi tazminat talebi, karşı tarafın kusurlu olması halinde bir anlam ifade edecektir. Kusur bulunmuyorsa o zaman iade talebi karşı tarafın zenginleştiği miktardan ibaret olacaktır. Dolayısıyla menfi tazminat talebi, zilyedin veya sebepsiz zenginleşmenin kötünietli dolayısıyla da kusurlu olduğu durumlarda zararın tazminine imkan tanımaktadır. Kaldı ki “menfi tazminat”ın mağdura, özellikle kast ve ağır kusur hallerinde müspet tazminat miktarı kadar yükselebilen bir miktar talep etme imkanı sağlayacağı kabul edilmektedir⁵¹.

2. Sözleşme hükümlerinin “hasar” konusunu çözümleyememesi

Yukarıda iade taleplerinin sözleşmesel hükümlere tabi tutulmasının birçok açıdan daha hakkaniyete uygun ihtiyaçları karşılar hükümler getirdiğini belirttik; ancak, bu başlık altında sözleşmesel hükümlerin dahi bazı konularda yetersiz kaldığını açıklayacağız. De lege feranda açısından, sözleşme ister baştan batıl ister sonradan dönülme sonucu geçersiz kılınmış olsun her iki geçersizlik için de uygulanabilir ortak tasfiye kurallarının kanunda yerini bulması en uygun çözüm olacaktır⁵².

⁴⁹ ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 160.

⁵⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. AKÇURA KARAMAN, s. 225-230.

⁵¹ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, bu sonuca BK m. 35/f. 2 ve m. 47/f.2 hükümlerinden kıyas yoluyla yararlanarak varıldığını belirtmektedir (Cilt I Giriş, §2, N.10, s. 9).

⁵² Bu yönde bkz Reinhard ZIMMERMAN, Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract law, the UNIDROIT Principles and the

Tasfiye ilişkilerinin tümünü, ayırd etmeden, sözleşme hükümlerine tabi tutsak dahi yine de sadece **zaman aşımı**, **aynen iade ilkesi** ve **tazminat talepleri** açısından sorunu çözümlmekteyse de iade borcunun konusunun para değil de bir taşınır veya taşınmaz eşya olması halinde **hasara** kimin katlanacağı sorusunu cevaplamamaktadır. Bu konuda ne temerrüt (BK 125vd.) ne ayıp (BK 229 vd.) ne de zapt (BK 217) dolayısıyla sözleşmeden dönme hükümlerinde tatmin edici çözüm bulunmaktadır. Sona eren ilişki sonucu iadesi talep edilen edimlerin “masraflarına ve hasarına kimin katlanacağı” sorusuna özel hükümlerde cevap bulunamayınca, genel kanaat, bu konudaki boşluğun “sebepsiz zenginleşme” veya “zilyetlik iadesi” hükümleriyle doldurulacağıdır.

Tasfiye ilişkisine sözleşmesel hükümlerin kıyasen uygulanacağını kabul edildiği noktada da bu sefer, **“hasara kimin katlanacağı”** hususu en önemli sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Taşınır satımında hasara kimin katlanacağı ilkesini düzenleyen TBK m. 208 uyarınca, taşınırın zilyedliğinin devrine kadar hasara satıcı katlanmaktadır. Mesela, satıcı antika bir vazoyu teslim borcu altına girmiş ve vazo yıldırım düşmesi sonucu telef olmuş ise hasara alıcı katlanır. Burada vazo borcunun teslimi satıcının kusuru olmadan imkansız hale geldiğinden TBK m. 136 ile düzenlenen kural uyarınca satıcının borcu sona erecek ve karşı edimi de talep edemeyecektir. Dolayısıyla, sözleşmenin ifası açısından getirilmiş olan TBK m. 136 ve m. 208 hükümlerini sözleşmenin tasfiyesinde dolayısıyla da karşı tarafa teslim edilmiş edimlerin iadesinde uygulanması halinde; iade borcu imkansızlaşan taraf, hem kendisine verilmiş edim telef olduğu hem de ödediği bedelin iadesini talep edemeyeceği için tüm hasara tek başına katlanmak zorunda bırakılacaktır.

Konunun daha iyi anlaşılması amacıyla “iade borcunda hasar” ile ilgili şu örnek üzerinden açıklamalarımıza devam etmek faydalı olacaktır: Satıcı (S), ayırt etme gücü bulunmayan alıcı (A)ya bir antika vazo satın teslim etmiş ve (A)’nın evinde iken yıldırım düşmesi sonucu vazo telef olmuş olsa; tasfiye ilişkisi esnasında vazodaki hasara kim katlanacaktır?

Tasfiye ilişkisinde genel kural, tarafların önceden aldıklarını iade etmeleri gerektiridir. Tasfiye ilişkisinde her iki tarafın da iade borcu bulunmasına

Avant-projet d'un Code Européen des Contrats, Uniform Law Review (2005), s. 719-735 (HeinOnline, 10.04.2018), s. 733, 734; SCHMIDLIN, s. 344, 345; BUZ, Akamete uğrayan sözleşme ilişkileri, s. 649-652.

rağmen taraflardan birinin iade borcunun ifasının imkansızlaşması halinde hasara kimin katlanacağı kanunen düzenlenmemiştir. Söz konusu bu kanun boşluğunun nasıl doldurulacağının belirlenmesi gerekir. Şu alternatifler düşünülebilir:

- Tasfiye ilişkisine kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüş çerçevesinde iade borcuna da TBK m. 136 (karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki imkansızlıkla) ve TBK m. 208 (satış sözleşmesinde hasar) hükümlerinin uygulanması düşünülebilir. Bu durumda alıcının iade borcunu ifası kusursuz olarak imkânsızlaştığından iade borcu sona erecek ancak ödemiş olduğu bedelin de iadesini talep edemeyecektir. Bu çözüm ile satıcının bedeli iade etme borcu sona erdiğinden, satıcının menfaati korunmuş olacaktır. Diğer taraftan alıcı hem parasından hem den maldan mahrum kaldığı için mağdur duruma düşecektir.

Burada ayrıca BK m. 129/f.2 deki düzenlemeyi hatırlatmakta fayda vardır. Hükümde sözleşme konusu şeyin beklenmedik hal sonucu telef olması halinde temerrüde düşen tarafın borcunun sona erebileceği düzenlenmiştir. Ancak bunun için borçlunun, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin şeyi telef edeceğini ispat etmesi gerekmektedir (BK m. 129/f.2). BK m. 129 hükmünün sözleşmeden dönülmesi halinde iade borçlarına uygulanacağı da kabul edilmektedir⁵³.

- Genel kabul gördüğü gibi geçersiz sözleşmeye dolayısıyla girilen tasfiye ilişkisinde iade borcuna, zilyedliğin iadesi veya sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanabilir. İyiniyetli sebepsiz zenginleşenin sadece elinde kalanı iade yükümlülüğü söz konusudur (TBK m. 79/f. 1). İyiniyetli zilyed de şeyin yok olmasından veya hasara uğramasından sorumlu değildir (TMK m. 993/f.2). Dolayısıyla Alıcı vazoyu iade edememesine rağmen satıcıdan bedelin iade edilmesini talep edebilecektir. Bu çözüm ile alıcının menfaati korunmuş olmakta diğer taraftan satıcı açısından pek de hakkaniyete uygun gözükmeyen bir mağduriyet yaratılmaktadır.

⁵³ **CHAPPUIS**, Commentaire Romand, Art. 62, N. 39, s. 584. Öğretide bir görüşün iade borcuna BK m. 129/f.2 uygulanması sonucu beklenmedik hal sonucu borcun imkansızlaşması durumlarında iade borcunun sona ereceğinin savunulduğunu ancak öğretide diğer bir görüşün de şeyin beklenmedik hal sonucu telef olması halinde dahi iade borcunun sona ermeyip değer üzerinden devam edeceğinin savunduğunu belirtmektedir (Art. 62, N. 39).

Tasfiye ilişkisine girilmesinin sebebi yukarıdaki örnekte olduğu gibi “alıcının ayırd etme gücüne sahip olmaması” dolayısıyla sözleşmenin geçersizliği olabileceği gibi ayrıca tasfiye ilişkisinin sebebi ayrıca alıcının irade sakatlığı (mesela yanılma) dolayısıyla sözleşmeyi iptal etmesi ya da sözleşmenin şekle aykırılık dolayısıyla geçersizliği de olabilir. Bu ve benzeri geçersizlik hallerinde sözleşme konusu şey alıcının elindeyken mesela alıcının evinde çıkan yangın dolayısıyla telef olsa; sebepsiz zenginleşme veya zilyetlik hükümleri uygulandığında alıcının menfaati korunacak ve alıcı vazoyu iade edememesine rağmen ödediği bedelin iadesini talep edebilecektir.

Nitekim iade borcunun doğmasından önce veya sonra malın hasarlanması veya telef olması halinde sebepsiz zenginleşen BK 79/I çerçevesinde “zenginleşmenin eksildiği” veya zilyet MK 993 çerçevesinde “sorumlu olmadığı” savunması ile iade borcundan kurtulabilmektedir.

Yargıtay kararlarında da iade borcunun çoğunlukla sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tutulduğunu görmekteyiz. Mesela Yargıtay HGK’nun 11.06.2003 tarihli 13-414/410 sayılı kararına konu ihtilafta Davacı, vakıflar idaresi ile arasındaki taşınmaz satışına yönelik sözleşme, taşınmazın özel mülkiyete konu olamayacak bir taşınmaz olması dolayısıyla geçersiz kalınca ödediği bedelin iadesini talep etmiştir. Taşınmazın, özel mülkiyete konu olamayacak nitelikte olduğu anlaşılınca Hazine taşınmazı Davacının elinden alıp kendi adına tescil ettirmiştir. Böylece Davacının, taşınmazı iade etmesi de imkansızlaşmıştır. Yargıtay somut ihtilafta, taşınmazın iadesinin Davacının kusuru olmadan imkansızlaştığını bunun Davacının ödediği bedelin iadesini talep etmesine engel olmayacağını belirtmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“Geçersiz bir sözleşme nedeniyle bir tarafın karşı taraftan aldığı şey, kendisi yönünden sebepsiz zenginleşme niteliğindedir. Dolayısıyla, geçersiz sözleşmenin tarafları sadece ve ancak, o geçersiz sözleşme nedeniyle birbirlerine verdiklerini, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak geri isteme hakkına sahiptirler. Kural olarak, bir taraf, verdiğini geri isterken, aynı anda ve karşılıklı olarak kendi aldığını da geri vermek zorundadır. Ancak, somut olayda olduğu gibi, verdiğini geri isteyen tarafın geçersiz sözleşme nedeniyle karşı taraftan aldığı şey kendi kusuru olmaksızın elinden çıkmış, dolayısıyla iade olanağı ortadan kalkmış ise, artık, aynı anda iade koşulu aranmaz.”

Görüldüğü gibi Yargıtay 2003 tarihli HGK kararı ile de sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde hasara satıcının katlanacağı çözümü benimsemiştir.

Yukarıda önerilen çözümlerden ilki satıcının menfaatlerini korumayı tercih ederken sebepsiz zenginleşme veya zilyedlik hükümlerine dayanan ikinci çözüm ise alıcının menfaatlerini korumakta olup; hiçbirisi taraf menfaatleri arası dengeyi tam olarak tesis edememektedir. Özellikle de iade borcunun alıcının eşyayı başkasına satması, kullanması veya tüketmesi gibi bir sebeple imkansızlaşması halinde dahi alıcının iade borcu TMK 993 veya TBK 79 çerçevesinde sona ererken yine alıcının ödediği bedeli talep edebilmesi hakkaniyet duygusunu zedelediği açıktır. Tarafın iade borcunun konusunu kendisine isnat edilebilen bir sebeple iade edememesi halinde iade borcunun nakden de olsa bir şekilde devam etmesi menfaat dengesini tesise yardımcı olacaktır. Hukukumuzda sadece ayıp dolayısıyla satış sözleşmesinden dönme imkanı veren hükümlerde bu şekilde bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Anılan düzenlemede, teslim alınan malın alıcıya yüklenebilen bir sebeple yok olması veya başkasına devredilmesi veya biçim değiştirmesi durumunda alıcının ayıp dolayısıyla sözleşmeden dönülmesini talep edemeyeceği belirtilmiştir (TBK m. 228/f.2). Bu hüküm ile sözleşmeden dönüldüğündeki iade borcu açısından menfaatler arası denge tesis edilmeye çalışılmıştır. Aşağıda açıklanacağı gibi Alman Medeni Kanununda 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni ilkeler arasında, “iade borcunun kapsamını düzenleyen” genel bir hükme (BGB § 346) de yer verilmiş; böylece de aynen ifanın mümkün olamadığı bazı durumlarda menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu şekilde genel bir kural hukukumuzda bulunmamaktadır.

Sorunun mevcudiyeti bilinmesine rağmen, Türk hukukunda ve bize yakın İsviçre, Avusturya, Fransız Medeni Kanunlarında da henüz tasfiye ilişkisine özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda düzenleme yapılan kadar önerilecek çözümler tam anlamıyla tatmin edici olmaktan uzaktır.

Henüz milli kanunlarda tatmin edici düzenlemelere yer verilmemiş olsa da iade borcu ile ilgili temel prensipler öğretilde tartışılmaya ve uluslararası hukukta bazı öneriler getirilmeye başlanmıştır. Kusursuz iade imkansızlığı hallerinde böyle zararın tamamen taraflardan biri tarafından katlanılması yerine daha hakkaniyete uygun bir sistem getirmek adına ortak hukuk çalışma-

ları çerçevesinde bazı arayışlar ve bazı düzenlemelere rastlanmaktadır. Bu çalışmalardan bazılarını aşağıda örnek olarak sunmaktayız.

B. ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUKTA TASFİYE İLİŞKİSİ AÇISINDAN “HASAR” KONUSUNU ÇÖZÜMLEME ÇABALARI

Belirttiğimiz gibi tasfiye ilişkisini bir bütün olarak düzenleyen milli bir hukuk bulunmamakla birlikte bu yöndeki ihtiyacın farkında olduğunu gösterircesine Almanya 2002 yılında yürürlüğe giren BGB ile genel nitelikli bir iade bircu düzenlemesi kabul edilmiştir⁵⁴. Söz konusu BGB § 346. hükmü⁵⁵ sözleşmeden veya kanundan kaynaklı bir dönme hakkının kullanılması sonucu sözleşmeden dönülen durumlarda tarafların iade borcunun kapsamının

⁵⁴ Bu konuda bilgi için bkz. Rona **SEROZAN**, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler“, İÜHFM C. LVIII,S 1-2, 233-248, 2000 (atıf: Alman İfa Engelleri), s. 239, 240; Mehmet Serkan **ERGÜNE**, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları”, İÜHFM, C. LXII, S.1-2, 351-380, 2004 (atıf: Alman MK), s. 372; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 1, s. 450, 451.

⁵⁵ BGB m. 346 (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html):

“(1) If one party to a contract has contractually reserved the right to revoke or if he has a statutory right of revocation, then, in the case of revocation, performance received and emoluments taken are to be returned.

(2) In lieu of restitution or return, the obligor must provide compensation for value, to the extent that

1. restitution or return is excluded by the nature of what has been obtained,
2. he has used up, disposed of, encumbered, processed or redesigned the object received,
3. the object received has deteriorated or has been destroyed; but deterioration that is caused by the object being used in accordance with its intended use is not taken into account.

If consideration is specified in the contract, then this is to be used as a basis when the compensation for value is calculated; if compensation for value for the benefit of use of a loan is to be paid, it can be shown that the value of the benefit of use was lower.

(3) The duty to compensate for value does not apply

1. if the defect justifying revocation only became apparent during processing or transformation of the object,
 2. to the extent that the obligee is responsible for the deterioration or destruction or that the damage would also have occurred if the object had remained with the obligee,
 3. if in case of statutory revocation the deterioration or destruction occurred with the person entitled, although the latter showed the care that he customarily exercises in his own affairs.
- Any remaining enrichment must be returned.

(4) The obligee may demand damages, in accordance with sections 280 to 283, for breach of a duty under subsection (1) above.”

nasıl belirleneceğini düzenlemektedir. Düzenleme ile, istisnaları olmakla beraber, hasara “iade borçlusunun” katlanacağı prensibi kabul edilmiştir.

BGB 346 hükmü ile iade borçlusunun her hangi bir sebeple iadesini gerçekleştirememesi halinde borcunun “değer tazminatı” vereceği yani malın değeri kadar nakdi ödemede bulunacağı belirtilmiştir. Madde metnini aşağıdaki şekildedir (serbest tercüme):

“Bir taraf sözleşmede saklı tutulan veya kanunen tanınan hakkına dayanarak sözleşmeyi sona erdirirse, tarafların birbirinden aldıkları edimleri ve ücretleri iade etmesi gerekir. İade borcunun aynen yerine getirilemediği hallerde;

- 1. edinilen şeyin niteliği gereği iadesinin mümkün olmadığı,*
- 2. edinilen şeyin kullanılmış, tüketilmiş, üzerine yük yüklenmiş, işlenmiş, yeniden şekillendirilmiş olduğu,*
- 3. edinilen şeyin kullanım amacına uygun olarak kullanılırken bozulmuş veya telef olmuş olduğu hususları dikkate alınmadan, borçlusunun iade borcu olarak bir değer tazminatı ödemesi gerekmektedir.*

Sözleşme ile edimin değeri belirlenmiş ise o zaman ödenecek değer tazminatının hesabında bu belirleme esas alınır; bir kredi kullanılmasından elde edilen menfaatler karşılığında değer tazminatı ödenmesi söz konusu olduğunda da elde edilen menfaatin değerinin daha düşük olduğu ispatlanabilir.

Aşağıdaki hallerde değer tazminatı ödenmez:

- 1. sözleşmeden dönülmesinin sebebi olan ayıp sadece şeyin işlenmesi veya dönüştürülmesi esnasında ortaya çıkan nitelikte bir ayıp ise,*
- 2. şeyin bozulmasından, telef olmasından veya hasar görmesinden iade alacaklısı sorumlu ise veya aynı hasar şey iade alacaklısının elinde olsaydı dahi gerçekleşecek ise,*
- 3. sözleşmeden dönmenin kanuni bir hakka dayandığı hallerde, iade borçlusunun kendi işlerinde gösterdiği mutad özeni göstermiş olmasına rağmen şey bozulmuş veya telef olmuş ise*

İade borçlusunun elinde kalmış olan herhangi bir ikame değerinin iade edilmesi gerekir.

İade alacaklısının §280, 283 çerçevesinde yükümlülüklerle aykırı davranıldığı gerekçesiyle tazminat talep etme hakkı saklıdır.”

Maddenin yukarıda yer verdiğimiz çevirisinden görüldüğü gibi, BGB §346 ilkeyi, “aynen iade mümkün değilse değer tazminatı ödenmesi” olarak belirlemiştir⁵⁶. Bu kurala sadece üç halde istisna getirmiştir. Bu kapsamda mesela, şey iade alacaklısının elinde iken dahi telef olacak idiyse veya şey ayıbı dolayısıyla telef olmuş ise vb. bu tür durumlarda iade borçlusu tazminat dahi ödemedi iade borcundan kurtulacaktır.

Türk Borçlar Kanunumuzda ise aynen iadenin mümkün olamaması halinde “değer tazminatı” ödenmesi yönünde BGB §346 hükmüne benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer taraftan belirtelim ki, BGB §346’nın 4. fıkrasında belirtilen ikame değer iade alacaklısına verileceği yönünde de TBK’da hüküm bulunmamasına rağmen bu kural, uygulamada ve öğretide kabul görmektedir. TBK açısından asıl sorun ikame değer mevcut olmadığı durumlarda iade borcunun kapsamının ne olacağıdır.

İade borcunun kapsamıyla ilgili ayrıca, UNIDROIT, Avrupa Sözleşmeler Hukuku gibi ortak hukuk çalışmaları çerçevesinde de bazı arayışlar ve bazı düzenlemelere rastlanmaktadır. Bunlara da kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır:

Uluslararası hukukta yeknesaklığı sağlamak amacıyla kurulmuş olan UNIDROIT enstitüsünün ticari sözleşmeler ile ilgili olarak çıkardığı 2016 tarihli prensiplerinde sözleşmelerin geçersizliği dolayısıyla edimlerin iadesi ile ilgili özel düzenlemeler getirmiştir⁵⁷. UNIDROIT prensipleri, sözleşmenin irade sakatlığı (madde 3.2.15), kanuna aykırılık (madde 3.3.2), kötü ifa (madde 7.3.6) dolayısıyla sona ermesi hallerinde ifa edilmiş edimlerin iadesi açısından hasar problemini farklı maddelerde düzenlenmiş olmakla beraber

⁵⁶ İsviçre öğretisinde bu yönde savunulan görüş ile ilgili bkz. **CHAPPUIS**, Commentaire Romand, Art. 62, N. 39, s. 584.

⁵⁷ UNIDROIT prensiplerine 2010 yılında yapılan revizyonun asıl amacının anılan iade borcuyla ilgili düzenlemelerin yapılması olduğu ilkelerden önceki açıklama kısmında açıkça belirtilmiştir. Bu kurallar 2016 tarihli UNIDROIT revizyonunda aynen korunmuştur. Bkz. www.unidroit.org sayfasında UNIDROIT 2016 Principles’in başlangıcında “Introduction to the 2016 edition” başlıklı bölüm.

bu hükümlerdeki temel prensip iade imkansızlaşmış olsa da değer olarak bir iadenin yapılması gerektiğidir. Bu hükümlerden mesela, irade sakatlığı dolayısıyla iptal edilmesi halinde iade borcunu düzenleyen 3.2.15. maddesi⁵⁸ uyarınca iade aynen yapılamıyorsa “allowance” olarak ifade edilen makul bir bedelin iade edilmesi gerekmektedir. Maddenin 3. fıkrası uyarınca eğer aynen iadenin imkansızlaşması diğer tarafa isnat edilebilecek bir sebepten kaynaklanıyorsa o zamanın değer olarak dahi iadenin gerekmediği belirtilmiştir.

Lando Komisyonunca hazırlanmış ciddi bir başka çalışma olan “Principles of European Contract Law (PECL)” kapsamında da UNIDROIT 2016 Prensiplerine benzer bir sistematik ve çözüm getirilmiştir. Burada da irade sakatlıkları, kanuna aykırılıkları temerrüd dolayısıyla sona ermeler ayrı gruplandırılmış ve her biri açısından sözleşmenin sona erdirilmesi halinde iade borcunda hasar sorunu düzenlenmiştir. Mesela irade sakatlıkları sonucu sona erdirilen sözleşmede (madde 4.115)⁵⁹ tarafların verdiklerini iade etmeleri gerektiğini ve aynen iade mümkün olmayacaksa değer olarak makul bir bedel (reasonable sum) ödenmesi gerektiği belirtilmiştir.

PECL’nin kanuna aykırılık dolayısıyla sona eren sözleşmede iade borcunu düzenleyen 15.104 no.lu maddesi⁶⁰ ile de irade sakatlığı dolayısıyla

⁵⁸ UNIDROIT 2016, article 3.2.15, Restitution (www.unidroit.org)

(1) On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, or the part of it avoided, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract, or the part of it avoided.

(2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable.

(3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party.

(4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or maintain the performance received

⁵⁹ PECL, art. 4. 115, Effect of Avoidance (www.trans-lex.org):

“On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided it makes concurrent restitution of whatever it has received. If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received.”

⁶⁰ PECL art. 15.104: Restitution(www.trans-lex.org):

“(1) When a contract is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102, either party may claim restitution of whatever that party has supplied under the contract, provided that, where appropriate, concurrent restitution is made of whatever has been received.

iptal edilen sözleşmelerde olduğu gibi aynen iadenin mümkün olmaması halinde makul bir değer in ödenmesi gerekeceğini hükme bağlamış ancak mad- denin 3. fıkrası ile sözleşmenin kanuna aykırı olduğunun bilen veya bilmesi gereken tarafın önceden verdiği edimin edimin iade edilmesinden kaçınıla- bileceği belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi sözleşmenin geçersiz olması halinde tarafların iade borç- larının kapsamı ile ilgili düzenlemeler hem ulusal hem de uluslararası alanda önem arz etmekte ve bu konuyu düzenleme çabaları yoğunlaşmaktadır.

SONUÇ

Karşılıklı olarak her iki tarafın da bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde ifa etmiş oldukları edimleri iade etme borcu söz konusu olduğunda bu iadenin söz konusu edimlerin ifa sebepleri ve tarafların iradeleri dikkate alınmadan bu iki kişinin birbirine yabancı kişilerle aynı hukuki rejime tabi tutulması hakkaniyete aykırı sonuçlara götürmektedir. Bu kişiler arasında sosyal temas kurulmuş ve hukuki ilişki kurma amacıyla bir yakınlaşma oluşmuştur. Edim- ler iradi olarak ifa edilmiş edimlerdir ve edimi elinde tutan tarafın girilen bu yakınlaşma sonucunda karşı tarafa zımni de olsa zarar vermeme taahhüdün- de bulunmuş olduğu kabul edilmelidir. Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki baştan geçersiz dahi olsa taraflar arası yakınlaşma dolayısıyla “koruma ödev- leri” doğmuştur. Diğer tarafın zarar görmemesi için gerekli özeni gösterme borcu olarak tanımlanabilen “koruma ödevleri”, aynı zamanda iade edilmesi gereken edimin de korunmasını ve kapsamının belirlenmesini içerir.

Sözleşme ilişkisinin geçerli olduğu kanaatiyle ve bir karşılık elde et- mek amacıyla varsayılarak ifa edilmiş bir edimin iade edilmesinde de aynı karşılıklılık söz konusu olacaktır. Dolayısıyla iade ediminin karşılığı bulun- muyorsa tarafı yine de iadeye zorlamak sözleşme ilişkisinin sinallagmatik ruhuna aykırıdır. Bu kapsamda iade borçlusunun elinde kalanı iade etmesi dolayısıyla da elinde bir şey kalmamışsa iade borcunun sona ereceği prensi-

(2) When considering whether to grant restitution under paragraph (1), and what concurrent restitution, if any, would be appropriate, regard must be had to the factors referred to in Article 15:102(3).

(3) An award of restitution may be refused to a party who knew or ought to have known of the reason for the ineffectiveness.

(4) If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received.”

bine dayanan sebepsiz zenginleşme hükümleri sorunu çözümlmekten uzaktır.

İade borcunun kapsamı belirlenirken, hukukumuz açısından da prensibin “AYNEN İADE MÜMKÜN DEĞİLSE DEĞER TAZMİNATI ÖDENMELİ” şeklinde belirlenmesi gerekmektedir. Bu yöndeki hukuki düzenlemeler şimdi değilse de gelecekte mutlaka Türk Borçlar Kanununda da yerini bulacaktır. Alman BGB §346, UNİDROIT, PECL ile getirilmiş bu prensibi yansıtan düzenlemeler, uygulamanın ihtiyaçlarının ve bu doğrultuda gelecek hukuki düzenlemelerinin temsilcisi ve habercisi niteliğindedir.

KAYNAKÇA

- AKÇURA KARAMAN Tuba**, Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 78-82.).
- AYİTER Kudret**, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953 (atıf: Tasarruf).
- AYİTER Nurşin**, Eşya Hukuku, Ankara 1977 (atıf: Eşya Hukuku 1977)
- BURCUOĞLU Haluk**, Paranın Başkasının Parası ile Karışması Üstüne Bir Deneme, Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999.
- BUZ Vedat**, "Sözleşmede Kararlaştırıldan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı", XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 9-10 Aralık 2005, Banka Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 2006 (atıf: Fazla ifa halinde iade).
- BUZ Vedat**, "Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi", Rona Serozan'a Armağan Cilt I, İstanbul 2010, s. 611- 661 (atıf: Akamate uğrayan sözleşme ilişkileri).
- BUZ Vedat**, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (atıf: Borçlu Temerrüdü).
- CANSEL Erol**, Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967 (atıf: Menkul Rehni).
- CHAPPUIS Benoit**, Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2e edition 2012 (édité par: Luc Thévenoz/Franz Werro) (atıf: Commentaire Romand).
- CHAPPUIS Christine**, «L'enrichissement illicite écarté par le contrat», L'évolution récente du droit des obligations : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 10 février 2004, CEDIDAC, s. 27-40 (atıf: L'enrichissement illicite)
- EDİS Seyfullah**, "Menkullerde mülkiyetin intikali hususunda illiyet prensibi", AÜHFD, Cilt XIV, Sayı 1-4 1957, Ankara 1959, ss. 278-300.
- ERGÜNE Mehmet Serkan**, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002.
- ERGÜNE Mehmet Serkan**, "Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları", İÜHFM, C. LXII, S.1-2, 351-380, 2004 (atıf: Alman MK).

- EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015 (atıf: Borçlar Genel).
- ESENER Turhan/GÜVEN Kudret**, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2012.
- FEYZİOĞLU Feyzi**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, II, İstanbul 1976.
- GÜRSOY Kemal/EREN Fikret/CANSEL Erol**, Türk Eşya Hukuku, Gözden geçirilmiş ikinci bası, Ankara 1984.
- HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- KIRCA Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008 (atıf: Cilt I Giriş).
- LARENZ Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 (atıf: SR I).
- LEEMANN Hans**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918, Bern 1925.
- OFTINGER Karl / BAER Rolf**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das sachenrecht, Abteilung 2/c, Zurich 1981, Art. 884.
- MEIR-HAYOZ Arthur**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Schenrecht, 1. Abteilung, 1. Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Bern 1981, N. 88.
- OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe**, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016.
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11. Bası, İstanbul 2013 (atıf: C.1).
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 9. Bası, İstanbul 2012 (atıf: C.2).
- OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami**, Medeni Hukuk, Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar, 14. bası, İstanbul 2006.
- ÖZ M. Turgut**, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (atıf: Sebepsiz Zenginleşme).

- ÖZ M. Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (atıf: Eser Sözleşmesinden Dönme).
- ÖZ Turgut**, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu sözleşme gereğince Kazanılmış aynı haklara etkisi ve klasik dönme kuramı ile yeni dönme kuramının kısa bir karşılaştırmalı eleştirisi”, MHAD 1985, ss. 131-172 (atıf: Borçlu temerrüdü).
- PIOTET Paul**, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963 (CİC).
- PIOTET Paul**, «La responsabilité précontractuelle, spécialement du fait d’autrui», Paul Piotet Contributions choisies, Recueil offert par la Faculté de droit de l’Université de Lausanne à l’occasion de son 80ème anniversaire, Genève, Zurich 2004, s. 722 (atıf: Responsabilité précontractuelle).
- SAYMEN Ferit/ELBİR Halid**, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 1954 İstanbul (atıf: Ayni Haklar 1954).
- SCHMIDLIN Bruno**, «Le sort du contrat résolu ou annulé : l’effet ex tunc ou la liquidation du contrat par la in integrum restitutio», Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata, Bale-Genève-Munich 1999.
- SCHÖNLE Herbert**, «La bonne foi dans les relations entre particuliers», Droit des Obligations et Droit Bancaire, Etudes, Bale/Francfort-sur-le-Main 1995.
- SCHWARZ Andreas B.**, Borçlar Hukuku Dersleri (çev. Bülent Davran), I. Cilt, İstanbul 1948, s. 283.
- SEROZAN Rona**, “Mülkiyeti saklı tutma anlaşması ve Teminatın Temlik”, Edoğan Moroğlu’na 65. Yaş günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 987-1014.
- SEROZAN Rona**, Eşya Hukuku I, Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkele-ri Taşınır Eşyada: Zilyedlik-Mülkiyet-İntifa-Rehin Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2014 (atıf: Eşya Hukuku I).
- SEROZAN Rona**, “Teferruat Niteliğindeki Eşyanın Hukuki Rejimi”, İÜHF, C.XLI, S. 1-2, İstanbul 1975, ss. 235-253 (atıf: Teferruat).
- SEROZAN Rona**, “Taşınır Eşya Mülkiyeti Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu” Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, ss. 396-412 (atıf: Tasarruf Sözleşmesi).

- SEROZAN Rona**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Ek: Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2016 (atıf: İfa).
- SEROZAN Rona**, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, Kocayusufpaşaya Armağan, Ankara 2004 (kısaltma: Geri Verme Yükü).
- SEROZAN Rona**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007 (atıf: Sözleşmeden Dönme).
- SEROZAN Rona**, “Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, yıl: 1, sayı 3, 1968, s. 108-129 (atıf: Edim).
- SEROZAN Rona**, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), İÜHFM C. LVIII,S 1-2, 233-248, 2000 (atıf: Alman İf Engelleri).
- SUNGURBEY İsmet**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957 (atıf: Borç İkrarı).
- STEİNAUER Paul-Henri**, Les droits réels, Tome II, Berne 2012.
- STOLL Heinrich**, Die Lehre von Leistungstörungen, Tübingen 1936.
- von TUHR Andreas** (çeviren: Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Ankara 1983.
- TANDOĞAN Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987.
- TANDOĞAN Haluk**, Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (atıf: Mesuliyet).
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi**, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar (Eşya Hukuku II/3), İstanbul 1992 (atıf: Menkul Mülkiyeti).
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla**, Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989 (atıf: Tekinay Eşya).
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993 (atıf: Tekinay Borçlar Hukuku).
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- ULUSAN İlhan**, Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982 (atıf: Culpa).

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963.

WIELAND Carl, Les droit réels dans le code civil suisse (Türkçeye çeviren: Hakkı Karafakı), Ankara 1946 (atıf:Karafakı).

YUNG Walter, La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, Genève 1930.

ZIMMERMAN Reinhard, Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract law, the UNID-ROIT Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats, Uniform Law Review (2005), s. 719-735 (HeinOnline, 10.04.2018).

Perakendecilik Hizmeti Sınıfı (35.05. Sınıf) ile Ürün Sınıfı Arasındaki İlişkilerin Marka Hukukundaki Etkisi

Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU*

Öz: Perakendecilik sınıfı markası ile ürün sınıfı markası arasındaki ilişki birçok tartışmaya yol açmıştır. Nice sınıflandırılmasında, markanın kullanım amacına göre mal ve hizmetler listelenmiştir. Mallar (ürünler) üzerinde konulacak markalara ticaret markası, hizmetlerle ilgili olarak kullanılan markalara da hizmet markası denilmektedir. Perakendecilik hizmeti, Nis sınıflandırmasının hizmetler arasında yer alan 35.05 sınıfında tasnif edilmiştir.

Giacomelli kararına kadar perakendecilik hizmetlerinin bağımsız bir hizmet olmadığı ve ürün markası sahiplerinin ürünün satışının yardımcı unsuru olduğu, bundan dolayı perakendecilik markalarının tescil edilemeyeceği ileri sürülmekteydi. Ancak, ABAD tarafından verilen Giacomelli kararından sonra, perakendecilik hizmetlerinin ürün satışı olmadığı ve ürün markasından ayrı olarak tescil edilebileceği kabul edilmiştir. Türk doktrinine baktığımızda, halen perakendecilik hizmetinin, ürün markasına tanınan ürün satışından farklı olmadığı ve dolayısıyla ürün markası alan kişinin markasını ayrıca perakendecilik hizmetleri sınıfında tescil ettirmesine gerek olmadığı görüşü ağırlıktadır. Ancak, Yargıtay kararlarına baktığımızda, ABAD kararları ve Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'nin uygulamalarının takip edildiği görülmektedir. Fikrimizce de, perakendecilik hizmeti, ürün satışından bağımsız bir alan olup, her birisinin koruma alanı farklı olduğu için, ürün markası alan kişinin, bu marka ile mağaza açmak istemesi durumunda, bu markayı ayrıca perakendecilik hizmetleri için de tescil ettirmesi gerekir. Aksi takdirde, mağazacılık alanında faaliyet göstermek isteyen bir kişinin marka tesciline, süresi içinde itiraz etmeyen önceki tarihli ürün markası sahibi, kendi ürün markasını mağaza ismi olarak kullanamaz. Ürün ile ürünün satıldığı perakendecilik hizmeti arasında benzerliğin bulunduğu kabul edilmektedir. Bundan dolayı, ürün markasının sahibi, benzer olan diğer mal ve hizmetler açısından haiz olduğu hakları, perakendecilik hizmetine karşı da haizdir. Ancak bunun ötesinde, sadece ürün markası sahibi olması, doğrudan doğruya perakendecilik sınıfında hak sahibi olduğu anlamına gelmez.

Anahtar kelimeler: perakendecilik hizmeti, mağazacılık hizmeti, ürün, ürün satışı, Nice sınıflandırması, 35.05. sınıf.

* Makale gönderim tarihi: 10.05.2018. Makale kabul tarihi: 21.06.2018.
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi
(fyusufoglu@gsu.edu.tr)

The Effect of the Relationship Between Retail Services Class (Class 35.05) and Product Class on Trademark Law

Abstract: The relationship between the retailing class brand and the product class brand has led to many discussions. In the Nice classification, goods and services are listed according to the intended use of the mark. Trademarks are intended to be placed on the goods and services. The retail service has been classified in the 35.05 class, which is among the services of the Nis classification.

Until Giacomelli's decision, it was argued that retailing services were not an independent service and that product brand owners were entited in selling their products, so retailing brands could not be registered. However, after Giacomelli's decision by the European Court of Justice, it is accepted that retailing services are not product sales and may be registered separately from the product brand. When we look at the Turkish doctrine, it is still the view that retailing is not different from the sale of the product and therefore the person who takes the product brand does not need to register the brand in the category of retailing services. However, when we look at the decisions of the Turkish Supreme Court, it is seen that the decisions of ECJ and the practices of European Union Intellectual Property Office are followed.

In my opinion, the retailing service is an area independent from the sale of the products, and every person intending to start a retailing business, in additon to a product manufacture and sale, should also register the brand for retailing services. Otherwise, a person who wants to operate in the field of retailing may be precduded from use of his own product brand name as a store name. It is considered that there is a similarity between the product and the retail service where the product is sold. Being a trademark owner for a specific product does not incorporate opening a store with this trade mark.

Keywords: retail services, trademark, act of selling goods, Nice Agreement, class 35.05.

MAKALE PLANI

GİRİŞ • 337

A. PERAKENDECİLİK HİZMETİNİN ÜRÜN SATIŞI KARŞISINDA DOĞRU KONUMLANDIRILMASI AÇISINDAN MARKA HUKUKUNA HAKİM BAZI TEMEL İLKELER VE PERAKENDECİLİK HİZMETİNİN TARİHİ GELİŞİMİ • 339

1. Marka Hukukunun Temel İlkelerinden Belirlilik İlkesi, Hakkın Devamı İçin Kullanılması Zorunluluğu İlkesi ve Öncelik İlkesi • 339
2. Perakendecilik Hizmetinin Ürün Satışı Karşısındaki Tarihi Gelişimi • 341

B. PERAKENDECİLİK HİZMETİNİN ANLAM VE KAPSAMI • 343

1. Perakendecilik Hizmetinin Anlamı • 343

2. Perakendecilik Hizmetlerinin Sunulduğu Yerler • 344
3. Perakendecilik Hizmetinin Söz Konusu Olması İçin Gerekli Şartlar: Müşterilerin Malları Görmesi ve Satın Alması İçin Malların Bir Araya Getirilmesi • 345
- C. PERAKENDECİLİK HİZMETİ MARKASININ ÜRÜN MARKASI İLE OLAN BAĞLANTISI • 346**
 1. Perakendecilik Hizmetlerinin Sunulduğu Mağaza İsimleri, Aynı Zamanda Perakendecilik Hizmet Markasıdır • 346
 2. Ürün Markası ve Perakendecilik Hizmeti Markası İki Farklı Alana Ait Markalardır • 347
 - a) Ürün ve Perakendecilik İki Farklı Sınıfta Yer Almaktadır • 347
 - b) Ürün Satışı Perakendecilik Hizmetinden Farklıdır • 348
 - c) Ürün Markası Tescili Aynı Marka İle Mağaza Açma Hakkını İçermez • 350
 3. Perakendecilik Hizmetinin Söz Konusu Olması İçin Farklı Markalı Ürünlerin Sunulması Hakkındaki Tartışma • 352
 4. Mağaza İsmine Ürün Markası Kullanımı Olarak Kabul Edildiği İstisnai Durumlar • 356
- D. PERAKENDECİLİK HİZMETİ VE ÜRÜN MARKASI ARASINDAKİ BENZERLİĞİN TAYİNİ VE SONUÇLARI • 358**
 1. Perakendecilik Hizmeti ile Ürün Arasındaki Benzerlik ve Derecesi • 358
 2. Perakendecilik Hizmetlerinin Kullanılacağı Ürünlerin Belirtilmesi Zorunluluğu ve Eski Düzenlemeye Göre Genel Perakendecilik Tescillerinde Koruma Kapsamının Belirlenmesi • 363
 3. Öncelik İlkesi ve Marka Üzerindeki Hak Sahipliğinin Tespitinde Fiilen Kullanma Şartı • 368
 4. Ürün Sınıfındaki Tescil Mağazacılık Sınıfı (35.05 Sınıfı) Bakımından Kazanılmış Hak Vermez • 373
- E. KATALOGLARIN ÜRÜN KULLANIMI VEYA PERAKENDECİLİK HİZMETİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ • 376**
- F. ALIŞ VERİŞ MERKEZİ (AVM) İSİMLERİNİN 35.08'İNCİ SINIFTA DEĞERLENDİRİLMESİ • 381**
- SONUÇ • 382**

GİRİŞ

Markalar kullanım amacına göre ticaret markası ve hizmet markası olarak ikiye ayrılır. Ticaret markası, ürünlerle (mallarla) ilgili olarak kullanılan ve bir mallarını diğer teşebbüslerin mallarından ayırt etmeye yarayan markalardır; hizmet markaları ise teşebbüslerin sundukları hizmetler için kullanı-

lan ve hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan markalardır¹. “Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına İlişkin Nis Anlaşması”nda bulunan listedeki ilk 1-34 sınıflarında mallar, 35-45 sınıflarında hizmetler listelenmiştir. Perakendecilik hizmeti, mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin Nice sınıflandırmasının hizmetler arasında yer alan 35.05.sınıfında yer almakta ve “*Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için malların bir araya getirilmesi hizmetleri*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, ürünlerin (müşteriler tarafından) görülmesi ve satın alınması için bir araya getirilmesi gerekir. Perakendecilik hizmeti, uygulamada ve Yargıtay kararlarında da yaygın olarak kullanıldığı gibi, mağazacılık hizmeti olarak adlandırılmaktadır. Perakendecilik (mağazacılık) hizmeti, ürünlerin satışını da içeren, ancak satıştan daha geniş olan hizmetlerdir. Genel itibariyle mağazalarda mallar satılmaktadır. Bir yandan malların markaları bulunurken, diğer yandan da mağazaların tabelalarında yer alan ve mağazaya işaret eden hizmet markaları bulunmaktadır.

Bu durumda bir yandan mağazacılık hizmeti markası bulunurken, diğer yandan gösterilen ve satılan ürünlerin markaları da bulunmaktadır. Uygulamada ve doktrinde, perakendecilik hizmeti markası ile ürün hizmeti markası arasındaki ilişki konusunda net bir tavır bulunmamaktadır. Bunun başlıca sebebi, perakendecilik hizmetinin tanımının yapılmasında bazı zorluklar yaşanması ve perakendecilik hizmetinin, ürün satışından farklı olup olmadığı konusunda görüş ayrılıklarının oluşmasıdır. Bunun sonucunda da, perakendecilik hizmet markası ile ürün markasının ne şekilde ilişkilendirileceği konusunda tereddütler yaşanmıştır. Ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına ve EUIPO (Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, eski adıyla OHIM) tarafından çıkarılan Başkanlık Genelgeleri, bu sorunun çözümü konusunda büyük rol oynamıştır. Türk Yargı kararlarına baktığımızda, sevindirici bir şekilde gelişmelere hızlı bir şekilde ayak uydurdukları ve perakendecilik hizmeti ile ürün satışı, perakendecilik markası ile ürün markası ve bunlar arasındaki dinamikleri doğru bir şekilde tahlil ettikleri ve karar verdiklerini görülmektedir.

Perakendecilik hizmeti 35.05 sınıfta yer almaktadır. Ancak önceki dönemlerde 35.06, 35.07 ve 35.08 sınıflarda yer almıştır. Bu makalede, kararların veya doktrinindeki yazıların yazıldıkları tarihe bakılmaksızın, 35.05 sınıf

¹ YASAMAN (Hamdi YASAMAN/Tolga AYOĞLU/Anlam ALTAY/Fülvürya YUSUFOĞLU/Sinan YÜKSEL), İstanbul 2004, C. I, s. 24; Uğur ÇOLAK, Marka Hukuku, İstanbul 2014, s. 15.

ibaresi kullanılacaktır. Ayrıca uygulamaya da uygun olarak bazı durumlarda perakendecilik hizmeti terimi yerine mağazacılık hizmeti terimi de kullanılacaktır; ancak her iki terimin de aynı kavramı ifade etmek üzere kullanıldığını belirtmek isteriz.

Her ne kadar perakendecilik hizmetlerinin tanımında, “malların bir araya getirilmesinden” bahsedilse de, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın verdiği 10.07.2014 tarihli ve C-420/13 sayılı Netto kararı ile artık hizmetlerin bir araya getirilmesi hizmetinin de perakendecilik oluşturacağı kabul edilmiştir². Artık, perakendecilik hizmetinin söz konusu olması için, ürünlerin bir araya getirilmesinin yanı sıra hizmetlerin de bir araya getirilmesi kabul edilmektedir. Ancak işbu çalışmada, hizmetlerin bir araya getirilmesi hususu incelenmeyecektir.

Bu çalışmamızda, ürün sınıfı karşısında perakendecilik sınıfı konumlandırılmaya ve koruma alanları tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu yapılırken, perakendecilik hizmetlerinin sunum yerleri ve şekilleri, ürün markası sahibi tarafından açılan mağazaların perakendecilik hizmeti kapsamında alınıp alınmayacağı, ürün ve perakendecilik sınıfları arasında benzerlik bulunup bulunmadığı, alışveriş merkezleri markalarının perakendecilik hizmeti markası olarak kabul edilip edilmeyeceği gibi konular irdelenecektir.

A. PERAKENDECİLİK HİZMETİNİN ÜRÜN SATIŞI KARŞISINDA DOĞRU KONUMLANDIRILMASI AÇISINDAN MARKA HUKUKUNA HAKİM BAZI TEMEL İLKELER VE PERAKENDECİLİK HİZMETİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

1. Marka Hukukunun Temel İlkelerinden Belirlilik İlkesi, Hakkın Devamı İçin Kullanılması Zorunluluğu İlkesi, Tescil İlkesi ve Öncelik İlkesi

Marka hukukuna hâkim olan bazı ilkeler vardır. Ancak bu çalışmamızda bütün ilkeleri incelemek yerine, perakendecilik hizmetini ve markanın pera-

² <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=154830&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=39276>. Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Önder Erol ÜNSAL, 04.08.2014 tarihli “Hizmetlerin Perakendeciliği Bir Hizmet Midir? Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın “Netto” Kararı (C-420/13)”, <https://iprgz-gini.org/2014/08/04/hizmetlerin-perakendeciligi-bir-hizmet-midir-avrupa-birligi-adalet-divaninin-netto-karari-c-42013/>

kendecilikte kullanımını doğru konumlandırmak için gerekli ilkelere değinilecektir. Bunlar, tescil ilkesi, öncelik ilkesi, belirlilik ilkesi ve bunlara bağlı olarak markanın kullanılması yükümüdür.

Bilindiği üzere, fikri haklar tekeli haklar sağlamaktadır. Ancak bu tekeli/inhisari haklar, sadece tescilli marka için sağlanmaktadır. Nitekim SMK md. 7/1 ve 2 hükümlerine göre, marka korumasının SMK aracılığı ile sağlanabilmesi tescil edilmesine bağlı olup, bu haklar münhasıran marka sahibine aittir. Markanın sağladığı ve SMK’da belirtilen haklar, tescilli olmasına bağlıdır³.

Marka soyut olarak korunmamaktadır. Tescil ilkesine göre marka, tescil edildiği mal ve hizmetler açısından ve bu mal ve hizmetler dolayısıyla korumaya kavuşur. Bir işaretin marka olarak seçilmesi ve bu işaretin hangi mallar veya hizmetler için kullanılacağını belirtmesi ile marka üzerinde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek nitelikte bir hak elde edilir. Marka sahibi sadece bu mal ve hizmetler açısından SMK’nın kendisine tanıdığı yetkilerden faydalanabilir. Markanın kullanılacağı mal veya hizmetlerin belirlenmiş olması gerekmektedir. Bundan dolayı bu kuruma “markada belirlilik ilkesi” adının verilmesi uygundur⁴. Tekel niteliğindeki geniş yetkiler, markanın tescilli olmasına bağlıdır.

Markanın tescil edilmesi ve korunması için kullanılması şart olmasa da, markaya sağlanan korumanın devamının sağlanabilmesi için, kullanılması yükümü getirilmiştir. Markanın kullanılmış sayılması için, markanın tescil edildiği mal/hizmetlerle bağlantılı olarak kullanılması şarttır. Marka tescil edildiği her bir kategori için ayrı ayrı kullanılmış olmalıdır. Bir ürün türü için markanın kullanılması, bu markanın diğer tescilli ürünler için kullanıldığı anlamına gelmez. Aksine bir düşünce, belirlilik ilkesine aykırıdır. Bir sınıf için yapılan tescile dayanılarak yapılan kullanım, diğer sınıflardaki kul-

³ Tescilli olmayan markaya da bazı haklar tanınmış olmakla beraber, bunlar çok daha kısıtlıdır. Tescilsiz olarak kullanılan ve kullanımla üzerinde hak kazanılan marka sahibi, SMK md. 6/3 hükmü uyarınca, sonradan yapılan tescil başvurusuna itiraz etme hakkına ve SMK md. 25/1 hükmü uyarınca sonradan yapılan tescilin hükümsüzlüğünü talep etme hakkına sahiptir.

⁴ Markalara ilişkin temel ilkeler için bkz; **YASAMAN**, s. 172 vd; **ÇOLAK**, 2014, s. 15; Ünal **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 381 vd; Arslan **Kaya**, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 183-192.

lanım olarak kabul edilemez⁵. Marka hangi mal/hizmet için tescilliye, bu mal/hizmete bağlı olarak hak sağlar. Markaya sağlanan hakların devamı için ise, markanın kullanımına beş yıllık ara verilmemesi gerekir. Kullanımın gerçekleşmiş kabul edilmesi için, tescil edilen ürünlerle ilgili bir kullanım gerçekleşmelidir.

Bir diğer önemli ilke de, öncelik ilkesidir. Bu ilke tescilli ve tescilsiz markalar bakımından farklı öneme sahiptir. Tescilli marka bakımından, önemli olan husus önceki tarihte tescil edilmiş veya tescil edilmesi için başvurunun yapılmış olmasıdır. Önceki tescil veya tescil başvurusu hakkı sahibi, sonraki tarihli tescil başvurusuna itiraz etme hakkı (SMK md. 6), sonraki tescilin hükümsüzlüğünü talep etme hakkı (SMK md. 25/1), sonraki kullanıma karşı tecavüz davası açma hakkı (SMK md. 29) sahibidir. Bütün bu hallerde, tescil ve belirlilik ilkeleri kapsamında, ancak tescil ile aynı veya benzer mal/hizmetler bakımından önceki tescilli marka sahibinin bir hakkı bulunmaktadır⁶.

Tescilsiz marka söz konusu olduğunda, bu markanın kullanılmış olmasının ve kullanım esnasında üzerinde hak kazanılmış olması gerektiği unutulmamalıdır. Bir diğer ifade ile, kullanım tek başına engelleme hakkı vermek için yeterli değildir. Kullanım yoluyla üzerinde hak elde edilmiş olması gerekir. Tescilsiz markaya tanınan haklar SMK md. 6/3 çerçevesinde tescil başvurusuna itiraz etme ve SMK md. 25/1 çerçevesinde hükümsüzlük talep etme hakkıdır.

2. Perakendecilik Hizmetinin Ürün Satışı Karşısındaki Tarihi Gelişimi

Eskiden AB üyesi ülkelerde, perakendecilik hizmetinin bağımsız bir hizmet olmadığı ve ürün marka sahiplerinin, ürünün satışının yardımcı unsuru olduğu, bundan dolayı perakendecilik markalarının tescil edilemeyeceği kabul edilmekte idi⁷.

⁵ Philippe Gilliéron, "L'usage à titre de marque en droit suisse", Sic!, FDBM 2005, s. 101-111, s. 105.

⁶ Bu hakların sınırı, SMK md. 25/6 hükmünde ifadesini bulan "sessiz kalma yoluyla hak kaybı"dır.

⁷ Isabel Davies, "Last Updates", The Journal of Brand Management Volume 7 Number 5, s. 376-378.

OHIM'in İkinci Temyiz Dairesinin, 17 Aralık 1999 tarihli Giacomelli Sport kararına kadar⁸, AB üyesi devletlerin bir kısmı perakendecilik hizmeti için marka hakkı tanınmayacağını ileri sürmüştür⁹. Giacomelli kararına kadar OHIM de perakendecilik hizmeti için marka tescillerini kabul etmemektedir. Nitekim bu konuda, 20 Aralık 1993 tarihinde kabul edilen Topluluk Markasına ilişkin Yönerge hazırlık çalışmalarında, Avrupa Konseyi ve Avrupa Toplulukları Komisyonu tarafından yapılan ortak beyanların yer aldığı kayıtlarda, markanın tescil edildiği ürünlerin satışının hizmet olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir¹⁰. Bu yöndeki irade, ayrıca OHIM'in Marka İnceleme Kılavuzu'na da yansıtılmıştır¹¹.

Giacomelli Sport kararında, OHIM Temyiz Dairesi bu uygulamayı reddederek, perakende satış hizmetlerinin korunmaya uygun olmamasının sebebinin açık olmadığını belirterek, satış hizmetlerine konu satılan ürünlerin belirtilmesi durumunda, satış hizmetleri için marka korumasının sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu kararda, bir markanın perakendecilik hizmeti alanında korunabilmesi için, yapılacak hizmetlerin de belirtilmesi gerektiği, buna ilaveten hangi ürünler bakımından bu hizmetlerin gerçekleştirileceğini belirtmesi gerektiği ifade edilmiştir (Giacomelli, para. 26,27).

Giacomelli kararından sonra, OHIM Başkanı tarafından 3/01 sayılı Başkanlık Genelgesi yayınlanmıştır¹². Bu genelgeye baktığımızda, Giacomelli kararındaki ilkelerin benimsendiği ve perakende ticareti hizmetinin de Nice sınıflandırması anlamında hizmet olduğu ve OHIM'in genel olarak tescil politikasını bu şekilde değiştireceği belirtilmiştir.

⁸ Case R 46/1998-2, OHIM OJ 6/2000, 731.

⁹ Bu konuda bkz; Marianne **Grabrucker**, "Marks for Retail Services - An Example for Harmonising Trade Mark Law, IIC 2003, S. 5, s. 503-520, s. 503 vd. Giacomelli kararının, AB üyesi ülkelerin uygulamaları üzerindeki etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Beşir Fatih **Doğan**, "Perakende Satış Hizmeti (35.08) İçin Marka Tescilinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", FMR, Y. 2009/1, s. 11-31, s. 20-24.

¹⁰ Joint statements by the Council and the Commission of the European Communities entered in the minutes of the meeting, at which the Regulation on the Community Trade Mark is adopted on 20 December 1993, OHIM OJ 5/96, 613.

¹¹ OHIM Examination

Guidelines, Guideline 4.3, OHIM OJ 9/96, p. 1327. Bu konuda ayrıca bkz; Ruth **Annand**, "The International Trademark Association And The Community Trade Mark", The Trademark Reporter Official Journal of the International Trademark Association, Vol 93, No.1, January-February, s.109-117, s. 113-114.

¹² <http://euipo.europa.eu/en/office/aspects/communications/03-01.htm>

7 Temmuz 2005 tarih ve C-418/02 no.lu Praktiker kararında, 35.sınıftaki perakendecilik hizmetlerinin marka ile korumaya kavuşması için, yapılan hizmetlerin ayrıntılı bir şekilde belirtilmesinin gerekli olmadığı, 35.sınıfta belirtildiği gibi, “bir araya getirme hizmeti” şeklindeki bir belirlemenin koruma için yeterli olduğu belirtilmiştir (Praktiker, para.49). Bu kararda da hizmetin kullanılacağı ürünlerin belirtilmesi gerektiği tespiti yapılmıştır (Praktiker, para.50).

Praktiker kararından sonra yayınlanan OHIM Başkanı’nın 31 Ekim 2005 tarihli ve 7/05 no.lu Genelgesine göre, perakende hizmetleri, sadece ürünlerin satışını değil, Nice sınıflandırmasının 35.sınıfı ile ilgili notta belirtildiği gibi bu satışın etrafındaki hizmetleri içermektedir¹³. Sadece “perakende hizmeti” ibaresinin yazılması, korumanın doğması için yeterli değildir, ürünlerin ayrıntılı olarak belirlenmesi şart olmasa da, ürün veya ürün cinsinin belirlenmesi yeterlidir. Genelgenin 4. paragrafına göre, perakendecilik hizmetleri için sağlanan marka koruması, ürünün satışına sirayet etmez. Sadece ürünün satışı, perakendecilik hizmeti değildir.

B. PERAKENDECİLİK HİZMETİNİN ANLAM VE KAPSAMI

1. Perakendecilik Hizmetinin Anlamı

Perakendecilik hizmeti “Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ”de¹⁴ yapılan sınıflandırmada 35.sınıfın 05.alt sınıfında yer almaktadır. Bu sınıflandırmada perakendecilik hizmeti şu şekilde tanımlanmıştır: *Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için malların* bir araya getirilmesi hizmetleri (belirlenen hizmetler perakende, toptan satış mağazaları, elektronik ortamlar, katalog ve benzeri diğer yöntemler ile sağlanabilir).** Bu kısımda mal veya mal grubu belirtiniz.

Perakendecilik hizmetinin söz konusu olması için, hizmete konu ürünlerin de ayrıca başvuru sırasında belirtilmesi gerekir¹⁵. Ancak doktrinde ve uygulamada sıklıkla perakendecilik hizmeti, ürün satışı olarak anlaşılmaktadır. Oysa yukarıda da gördüğümüz üzere, 1999 yılından beri, perakendecilik hizmetinin ürünlerin satışından farklı olduğu kabul edilmektedir.

¹³ <http://euipo.europa.eu/en/office/aspects/pdf/co05-7.pdf>

¹⁴ 31.12.2016 tarihli RG’da yayınlanmıştır.

¹⁵ Bu konudaki açıklamalar bkz aşağıda, D, 2.

Perakende ibaresi TDK'nın tanımına göre, Malların teker teker veya birkaç parça durumunda azar azar satılmasına dayanan satış biçimidir. Bu ibare, toptan satışın karşısı olarak tanımlanmıştır. Hizmet ibaresi ise TDK'da, birinin işini görme olarak tanımlanmıştır.

Tarihi gelişimde gördüğümüz üzere, perakendecilik hizmetinin ürün satışından bağımsızlaşması Giacomelli kararı ile başlamıştır. Bu kararda perakendecilik hizmeti tanımlanırken, önemli tespitler yapılmıştır. Karara göre, tüketiciler bir mağazada sunulan hizmet yerine, başka bir mağazada sunulan hizmeti tercih edebilir. Tüketiciyi etkileyen hususlar, hizmetlerin tamamı olabilir. Bu noktada, sunulan ürün yelpazesi, ürünlerin sunulma tarzı, mağazanın yeri, mağaza çalışanların davranışları, özverisi ve müşterilere gösterdikleri dikkat derecesi gibi farklı unsurlar sunulan hizmeti etkiler. Bununla beraber, başvuru sırasında, hizmetlerin kalite derecesi önemli değildir. Ayrıca bir mağazanın self servis olması perakendecilik markasının tescilinde bir öneme sahip değildir (Giacomelli kararı no.20).

Perakendecilik faaliyeti, bir yandan perakendeci için faydalı olduğu gibi, diğer yandan tüketici için de faydalıdır. Perakendecinin bu faaliyeti yapmasının sebebi, bir hizmet sağlama amacından ziyade gelirini artırmak olsa da, bir hizmetin sunulmuş olduğu gerçeği değişmemektedir. Nitekim Topluluk Markası Yönergesinde, hizmetlerin para karşılığında yapılmasını yasaklayan herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Kişinin satışı gerçekleştirmek amacı önemli değildir. Önemli olan, tüketicilerin de bundan faydalanmasıdır. Hizmetin kendisi para karşılığı yapılmasa dahi, yine de hizmettir¹⁶.

2. Perakendecilik Hizmetlerinin Sunulduğu Yerler

Perakendecilik hizmeti tanımlanırken, belirtilen hizmetlerin *perakende, toptan satış mağazaları, elektronik ortamlar, katalog ve benzeri diğer yöntemler ile* sağlanabileceği belirtilmiştir. Bir diğer ifade ile sanal ve fiziki mağazalar aracılığı ile gerçekleştirilir.

Perakendecilik hizmetlerinin tanımından da anlaşılacağı üzere, amaç müşterilerin bu malları görmeleri ve satın almaları için uygun araçların ortaya konulmasıdır. Bu konuda mağazacılık hizmetinin konumlandırılacağı yer bakımından iki temel seçim söz konusudur. Fiziki mağaza merkezli veya fiziki mağaza merkezli olmayan perakendecilik politikası izlenebilir.

¹⁶ Giacomelli kararı no.21.

Fiziki mağaza merkezli perakendecilik hizmetlerinde, hizmeti sunan kişinin mağazasına tüketicilerin gitmesi ve mağazada sunulan ürünleri görüp satın alması gerekir. Burada klasik anlamıyla mağaza söz konusudur. Müşteriler mağazaya giderler ve orada sunumu yapılan ürünleri hemen ödeme yapmak suretiyle alabilirler.

Fiziki mağaza merkezli olmayan perakendecilikte ise müşteriler sunulan ürünleri görmek için bir mağazaya gitmemektedir. Bulundukları yerden (ev, iş veya başkaca yerlerden) müşteriler ürünleri görebilecek ve alabilecek durumdadırlar. Bu halde perakendecilik hizmeti sunan kişi, ürünlerin görme ve satılması için buna uygun araçları sağlamalıdır. Karşımıza en sık çıkan seçenek, internet üzerindeki sanal mağazalardır¹⁷. Ancak bunun dışında, satış katalogları gibi araçlarla da perakendecilik hizmeti sunulabilmektedir.

3. Perakendecilik Hizmetinin Söz Konusu Olması İçin Gerekli Şartlar: Müşterilerin Malları Görmesi ve Satın Alması İçin Malların Bir Araya Getirilmesi

Perakendecilik hizmetinin söz konusu olması ve ürünün satışından veya tanıtım materyallerinden ayırt edilebilmesi için, müşterilerin (1) malları görmesi ve (2) satın alması amacıyla ürünlerin bir araya getirilmesini gerekir. Görüldüğü gibi, sadece malların tanıtımı için yapılan promosyonel faaliyetler, tanıtımlar, reklamlar, ürün tanıtım katalogları gibi materyaller sadece ürünlerin görülmesi için kullanılan araçlar olup, satış için tek başına yeterli değildir. Oysa ürünlerin sadece görülmesi değil, ayrıca satın alınması için gerekli araçların da sunulması gerekir¹⁸.

İster fiziki mağaza olsun, ister katalog satışı veya sanal mağazacılık gibi, fiziki olmayan bir perakendecilik anlayışı olsun, önemli olan husus müşterilerin burada sunulan ürünleri o an almak için gerekli işlemleri yapabilmelidir. Fiziki mağazada kasaya giderek ürünü satın almak, sanal mağazada gerekli kart bilgileri girerek satın almak, katalog üzerinden gerçekleşen satışlarda, telefonla ulaşım para transfer etmek suretiyle ödeme yapmak veya Avon gibi kataloglarda gerçekleştiği gibi, satış temsilcisine o an siparişi ver-

¹⁷ Patrick M. DUNNE/Robert F. LUSCH/ James R. CARVER, Retailing, South Western Educational Publishing 2010, s. 230.

¹⁸ Önder Erol ÜNSAL, Perakendecilik Hizmetleri Nedir?, <https://iprgezgini.org/2015/06/09/perakendecilik-hizmetleri-nedir-marka-tescilinde-somut-karsiligi-ne-sekilde-ortaya-cikar/>

mek ve ödemeyi o anda yapmak veya ürünün teslimi anında yapılacağı konusunda anlaşmak gerekir.

Genel olarak fiziki mağazalarda müşteriler ürünleri mağazadan teslim alırken, katalog, sanal mağaza gibi perakendecilik hizmetlerinde, satın alınan ürünler müşterilere getirilmektedir (bu kargo yoluyla olabileceği gibi, satışı gerçekleştiren satış temsilcisi aracılığı ile de olabilir).

C. PERAKENDECİLİK HİZMETİ MARKASININ ÜRÜN MARKASI İLE OLAN BAĞLANTISI

1. Perakendecilik Hizmetlerinin Sunulduğu Mağaza İsimleri, Aynı Zamanda Perakendecilik Hizmet Markasıdır

Markanın temel fonksiyonu mal ve hizmetlerin ayırt edilmesidir. Bir ürün markası söz konusu olduğunda, markanın ürünün üzerinde konulması suretiyle, mal ve ürün arasındaki bağlantı kolayca kurulmaktadır. Perakendecilik hizmeti söz konusu olduğunda, hizmetin yapıldığı yerin belirlenmesi gerekir. Bir diğer ifade ile, fiziki bir mağaza söz konusu olduğunda, mağazanın önündeki tabelada yazılan ibare mağazanın içinde sunulan hizmetin markası olacaktır. Eğer bir sanal mağaza olacaksa, sanal mağaza ismi sanal ortamda gerçekleşen perakendecilik faaliyetin markası olacaktır. Satış kataloglarında da katalog üzerinde yazılan isim, katalog üzerindeki perakendecilik hizmetini ayırt etmeye yarar¹⁹. ABAD kararlarında mağaza ismi kullanımı, malın kullanımına değil, 35.sınıftaki satış hizmetlerinin kullanımına delalet eder²⁰. EUIPO Marka Kılavuzunda mağaza ismi olarak gerçekleşen kullanımın, ancak mağazacılık hizmeti kullanımı olarak kabul edilebileceğini açıkça belirtmiştir²¹.

Mağaza ismi kullanan kişinin yaptığı kullanım perakendecilik hizmeti markası olarak kabul edilmektedir. Bu kullanım 35.05.sınıftaki kullanımdır. Bu sınıftaki tescil, başvuranın mağaza ismine işaret eder²².

¹⁹ <https://www.ipo.gov.uk/t-challenge-decision-results/o00211.pdf>.

²⁰ ABAD'ın 18/01/2011 tarihli ve T-382/08 no.lu Vogue kararı, no.47.

²¹ https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Guidelines/16_part_c_opposition_section_6_proof_of_use_en.pdf, s.11'de şu ifadeler kullanılmıştır: In general, this is not the case when the business name is merely used as a shop sign (except when proving use for retail services), or appears on the back of a catalogue or as an incidental indication on a label (judgment of 18/01/2011, T-382/08, 'Vogue', para. 47).

²² 15.07.2015 tarihli Case T-24/13 Cactus SA v OHIM kararı, paragraf no.70.

ABAD tarafından verilen L'Eclaireur kararına konu olayda, L'Eclaireur markası yıllardan beri mağaza ismi olarak kullanılmakta olup, bu markanın tescil edilmiş olduğu 25. sınıftaki giysi ve ayakkabı ürünleri bakımından kullanmamaya dayalı hükümsüzlüğü talep edilmiştir²³. Mahkeme yapılan incelemeler sonucunda, mağaza ismi olarak gerçekleşen kullanımın “perakendecilik hizmeti” için kullanım olduğunu belirttikten sonra, ürün kullanımının gerçekleşmiş olabilmesi için, mutlaka ürünlerle ilgili olarak kullanılmış olmasını aramıştır. Bu kararda, markanın mağaza ismi olarak (sanal veya maddi) kullanımının perakendecilik hizmeti olarak kabul edileceği belirtilmiştir (gerekçe no.46,51)²⁴.

2. Ürün Markası ve Perakendecilik Hizmeti Markası İki Farklı Alana Ait Markalardır

a) Ürün ve Perakendecilik İki Farklı Sınıfta Yer Almaktadır

Ürün ve perakendecilik Nice sınıflandırmasında, iki farklı sınıfta yer almaktadır. Ticaret markaları olarak kabul edilen ürün sınıfları 1-34 sınıflar arasında yer alırken, 35-45 sınıflar hizmet sınıfı olup, bu sınıflar için tescil edilen markalar hizmet markasıdır. Perakendecilik sınıfı, 35.05 hizmet sınıfında yer almaktadır. Birisinin ürün, diğerinin hizmet sınıfı olması itibarıyla, bunların alanlarının farklı olduğu açıktır. İleride açıklanacağı gibi, bu iki sınıf ticaret markası olan ve ürünlere işaret eden markalar ile hizmet markası olan ve perakendecilik hizmetlerine işaret eden 35.05.sınıf arasındaki ilişki, farklı sınıflardaki benzer mal/hizmetler için olan ilişkiden farklı değildir.

Bir ürün markası, tek başına perakendecilik hizmeti üzerinde hak vermez. Aynı şekilde, perakendecilik hizmeti de ürün kullanımı anlamına gelmediği gibi, bu yönde bir hak bahsetmez.

Başvuru yapan dikkatsiz bir kişinin, 35.sınıftaki hizmetler için başvuruda bulunduğu, ürünleri de koruma altına alacağını düşünme ihtimali, perakendecilik hizmetlerinin hizmet olarak kabul edilmemesi için bir sebep değildir (Giacomelli, para 25). Perakendecilik hizmeti markası, ürün markasından ayrı bir koruma sağlar.

İngiliz Marka Ofisinin Marka Kılavuzuna göre, mağazacılık hizmeti için yapılan tescil, ürünlerin satışı anlamına gelmediği için, kişinin aynı markayı

²³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015TJ0680>.

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015TJ0680>.

ürünler üzerinde kullanmak istemesi durumunda, markayı ilgili ürün sınıfı için de tescil etmesi gerekir²⁵. Her ne kadar 35.sınıftaki tescilin gerçekleşebilmesi için hangi ürünlerin satılacağı hususunun belirtilmesi gerekse de, bu belirleme, markanın bu ürün markası olduğu anlamına gelmez. Ürün satışı hakkı, ürünün markası ile ilgilidir. Oysa mağazacılık hizmeti, ürünün markası ile değil, satış hizmetinin kendisiyle ilgilidir. Mağazacılık hizmeti ile ürün satışı iki farklı kavram olup, bir markanın ürün için tescil edilmiş olması, ürünün satışı için yeterli olsa da, mağaza açmak için de tescilli olduğu anlamına gelmez.

b) Ürün Satışı Perakendecilik Hizmetinden Farklıdır

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, perakendecilik hizmeti satışı da içeren, ancak ondan daha geniş bir kavramdır. Marka Hukukunun temel kurallarından birisi, marka hakkını alan bir kişinin bu markalı malı satmak için, ayrıca başkaca bir işlem yapmasına ihtiyaç duymamasıdır²⁶. Marka tescili yaptıran kişi, bu markalı mallarını satmak için, ayrıca 35.05 sınıfta marka tescilinde bulunması gerekmez.

Ürünlerin satışı, tek başına perakendecilik hizmeti değildir. Ürünlerin satışının yanında, satışın gerçekleşmesi için yardımcı hizmetlerin de bulunması durumunda perakendecilik hizmetinden bahsedilir²⁷.

Ürün satışının, perakendecilik hizmeti teşkil etmediği, ürünlerin sadece satışını içeren fiillerin hizmet olarak değerlendirilemeyeceği, OHİM Başkanının Perakendecilik Hizmetleri Markasının Tesciline İlişkin 31.Ekim 2005 tarihli ve 7/05 sayılı genelgesinin 7. paragrafında açıkça belirtilmiştir²⁸. Söz konusu Başkanlık Genelgesi, C-418/02 no.lu Praktiker kararından sonra çıkmış bir genelge olup, Praktiker kararındaki çözümler esas alınarak hazırlanmıştır. Praktiker kararında da, tıpkı Nice Sınıflandırmasının 35.sınıfa ilişkin açıklayıcı notta da belirtildiği gibi, sadece ürünün satışı, perakendecilik hizmeti değildir²⁹.

²⁵ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/690003/Trade-Marks-Manual.pdf, s. 23, 73.

²⁶ Bu kuralın ender istisnalarından birisi ilaç markalarıdır. Zira, bir ilaç markasının tescil edilmesi tek başına markalı ilacın satışı konusunda hak vermez. Bu konuda ayrıca Sağlık Bakanlığından gerekli izinlerin ve ruhsatların da alınması gerekir.

²⁷ <http://euipo.europa.eu/en/office/aspects/pdf/co05-7.pdf>, para.7.

²⁸ <http://euipo.europa.eu/en/office/aspects/pdf/co05-7.pdf>

²⁹ Bu konuda ayrıca bkz, C-418/02 Praktiker karar, para no. 34; OHİM Marka İnceleme Kıla-

İsviçre doktrini ve Mahkeme kararlarına baktığımızda da ürün markasının, perakendecilik hizmetinden ayrı olarak kabul edildiği görülmektedir. Perakendecilik hizmetleri için tescilli bulunan bir marka, sadece tescil edildiği hizmetlere bağlı bir koruma sağlar. Ürün satışı ise perakendecilik hizmetinden farklı bir olgu olup, ürün satışı ile perakendecilik hizmetinin karıştırılmaması gerekir. Ürün markası, ürünlerin satışı hakkını verse de, bu hak perakendecilik hizmetinden farklıdır³⁰. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11.08.2006 tarihli ve MA-WI 44/05 no.lu “Sud Express/Expressfashion” kararında, markanın ürün ve hizmetler bakımından tescil kapsamı tartışılmıştır³¹. Bir ürünün satışı ürün markasının tescili ile ilgilidir. Bir ürün markasının kullanımı kapsamına, perakendecilik hizmetinin de dahil edilmesi, markanın belirliliği ilkesine aykırıdır. Karara göre, 1-34.sınıflardan birinde tescilli bir markanın sahibinin 35.sınıfta da hak sahibi olduğu kabul edilemez (gerekçe no. 6-8).

Bir diğer İsviçre Mahkemesi kararına göre, bir ürün için alınan markanın mağazanın girişindeki tabelada yer alması, artık ürün markası olarak anlaşılmaz, satış noktası ve bu satış noktasında sunulan hizmetlere işaret eder. Bahse konu “Polo by Ralph Lauren” kararında Tessin İstinaf Mahkemesi, mağazanın girişindeki tabelaya konulan Polo markasının ve logosunun mağazadaki ticareti yapan kişiye sağlamış olduğu hizmetleri belirlemeye yaradığı belirtilmiştir³². Dava konusu olayda, mağazasında başka markaların yanı sıra Polo by Ralph Lauren markalı ürünleri satan yetkili olmayan satıcı, mağaza tabelası olarak Polo ibaresini ve logosunu kullanmıştır. Başka bir kişinin markasını mağaza tabelası olarak koyan kişi, kendini tanıtmaktan ziyade, başkalarının markalarını kullanarak kendisini tanıtmayı tercih etmektedir. İstinaf Mahkemesi mağaza tabelası olarak yer alan isimlerin, mağazada satılan ürünlerin markaları hakkında bilgi vermeye yaramadığını; her ne kadar böyle bir fonk-

vuzu, Part C, Section 2, Chapter 2, paragraf 7, s. 47-48, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Guidelines/09_part_c_opposition_section_2_identity_and_likelihood_of_confusion_chapter_2_comparison_of_goods_and_services_en.pdf.

³⁰ Ivan Cherpillod, *Le droit suisse des marques*, Lausanne 2007, s. 123-125.

³¹ Bu konuda bkz, Sic! 2007, S. 1, s. 39-41. Ayrıca bkz, Alain **Alberini**, *L'exploitation de la renommée de la marque d'autrui, Du risque de confusion au risque d'association*, Lausanne 2015, s. 125,126.

³² 08.09.2006 tarihli ve 10.2001.32 ve 10.2002.23 (TI) no.lu karar. Bu konuda bkz, sic! 2008, S. 122-128.

siyonu olabilse de, esasen mağazadaki hizmete ilişkin olduğunu ve mağazada satılan markanın mağaza ismi olarak kullanımının, ürün markası kullanımı amacını aştığını belirtmiştir. Mağaza ismi olarak yazıldığında, hizmeti sunanların karıştırılması ihtimalinin bulunduğu ve tüketicilerin hizmeti sunanlara karşı kayıtsız olmadığını belirtmiştir (gerekçe no.11)³³.

Yargıtay kararlarına baktığımızda da, ürün satışının perakendecilik hizmeti olarak kabul edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Aşağıda verilen karardan da anlaşılaacağı üzere, Yargıtay, ürün satışı olarak kabul edilen faaliyetlerin perakendecilik olarak kabul edilmeyeceği ve mağaza satış faaliyetinde henüz bulunmayan kişinin, perakendecilik hizmetleri için tescilli markasının hükümsüzlük şartının gerçekleştiğini kabul etmiştir.

11. HD.'nin, 10.06.2015 tarih ve E. 2015/3119, K. 2015/8075 sayılı kararında³⁴, emtia markasının aynı zamanda 35/6. sınıfta da tescil edilmesine rağmen bu sınıf için kullanmama sebebiyle hükümsüzlüğü talebi ile açılan davada, *markayı taşıyan ürünlerin bayiler aracılığıyla, fabrika showroom'unda satılması durumunda ürün markası olarak kullanımın olduğu, ancak kendisine ait bir mağazada satış faaliyetinin henüz gerçekleşmediği, yani 35/6 gurupta yer alan mağazacılık hizmetinin davalı tarafından marka altında ortaya konmadığı gerekçesiyle* davanın kabul edilerek 2001/10357 no.lu markanın 35/6. alt grubunda yer alan “müşterilerin malları elverişli biçimde görmesi ve satın alması için, çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri (katalog yoluyla, elektronik ortamda, perakende ve toptan mağazalar açmak suretiyle)” bakımından hükümsüzlüğüne dair verilen kararı onamıştır. Bu kararda, fabrika showroom'unda yapılan satışların sadece satış faaliyeti teşkil ettiği, mağazacılık olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

Ürün markası, markanın üzerinde kullanılacağı ürüne ilişkinen, perakendecilik hizmeti nitelik itibarıyla üründen bağımsızdır; hizmetin kendisidir.

c) Ürün Markası Tescili Aynı Marka İle Mağaza Açma Hakkını İçermez

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, perakendecilik hizmeti markası ile ürün markası iki farklı alana ait marka olup, belirlilik ilkesinin bir sonu-

³³ Bu konuda ayrıca bkz, **Alberini**, s. 377, 378.

³⁴ www.kazanci.com.tr.

cu olarak, birisinin tescilli doğrudan doğruya diğer sınıf için hak sahipliği vermez. Mağazanın ismi, 35.sınıftaki tescilin kapsamındadır. Mağazalarda perakendecilik hizmetleri sunulmakta olup, ürün değil, 35.sınıftaki hizmet kapsamında kabul edilmektedir³⁵. Ürün markası tescili ile sağlanan hak, bu markanın mağaza isminde kullanımını içermez. Bu hak, söz konusu ibareyi 35.05 sınıfta ilgili ürünlerde kullanmak üzere tescil ettiren kişiye aittir. Ürün markası sahibi, bu markayı 35.05 sınıfta tescil ettirmeksizin kullanırsa, tescilsiz markanın kullanımı olur.

Bir ürün için alınan markanın mağazanın girişindeki tabelada yer alması, artık ürün markası olarak anlaşılamaz, satış noktası ve bu satış noktasında sunulan hizmetlere işaret etmektedir³⁶.

Ürün markasının sahibi, markalı ürününü piyasaya sunmak için, markasını 35.sınıfta yer alan perakendecilik hizmetleri için tescil ettirmek zorunda değildir. Ürün markasını alan kişinin, bu ürünü bu marka ile ticarete koymak için marka sahibinin başka birinden izin alması veya satış için bir tescil yapması gerekmez. Nitekim, ürünün satışı marka ile sıkı ilişki içinde olup, satışı marka tescilinden ayırmak mümkün değildir. Markalı malın sadece satışı, perakendecilik hizmeti teşkil etmediği için, markanın ayrıca 35. sınıftaki hizmetler için tescil edilmesi gerekmez. Eğer marka sahibi, mağaza açarak ürünlerinin satışını gerçekleştiriyorsa (örneğin üretim yerindeki veya başka yerlerdeki showroom aracılığı ile tanıtım ve satışı gerçekleştiriyorsa), ayrıca 35. sınıfta markasını tescil ettirmesi gerekli değildir. Ancak ürün markasının sahibi, kendi ürünlerini satacağı bir mağaza açmak isterse, artık müşterilerin malları elverişli bir şekilde “görmesi ve satın alması için” malların bir araya getirilmesi hizmetini gerçekleştirdiğinden bahsetmek gerekir³⁷. Sadece satışı değil, ürünlerin tüketicilere sunulması için elverişli bir ortam yaratan veya yaratmak isteyen ürün markası sahibinin, hak kaybına uğramaması için, markasını 35.sınıftaki hizmetler için tescil ettirmesi önemlidir.

Markalı bir malın üretilmesi ve piyasaya sunulması tek başına perakendecilik hizmeti değildir. Ürün markası sahibi, markasını toptancılara veya

³⁵ Cherpillod, s.124.

³⁶ 08.09.2006 tarihli ve 10.2001.32 ve 10.2002.23 (TI) no.lu Tessin İstinaf Mahkemesi Kararı. Bu konuda bkz, sic! 2008, S. 122-128.

³⁷ ÜNSAL, Perakendecilik Hizmetleri Nedir?, <https://iprgezgini.org/2015/06/09/perakendecilik-hizmetleri-nedir-marka-tescilinde-somut-karsiligi-ne-sekilde-ortaya-cikar/>

başka kişiler tarafından işletilen mağazalara satmak suretiyle de ürünün satışını gerçekleştirebilir. Bu gibi satışlar için, ürün markasının ayrıca perakendecilik hizmetleri için tescil edilmesi gerekmez³⁸. Ancak kişinin kendi markalı mallarını satmak için, müşterilerin elverişli şekilde görmesi ve satın alması için bir araya getiriyorsa, artık markanın ürün üzerindeki kullanımından değil, markanın perakendecilik hizmetindeki kullanımından bahsedilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, markanın koruma alanının tespiti. Ürün markasının, marka sahibi tarafından mağaza ismi olarak kullanımı, ürün markası kullanımı olmayıp, perakendecilik hizmetindeki kullanımdır.

Perakendecilik hizmeti ister mağaza aracılığı ile ister internet aracılığı ile sağlansın, bu hizmetin korunmasını isteyen kişinin, markasını 35.sınıfta tescil ettirmesi gerekir³⁹.

3. Perakendecilik Hizmetinin Söz Konusu Olması İçin Farklı Markalı Ürünlerin Sunulması Hakkındaki Tartışma

Perakendecilik hizmetlerinin söz konusu olması için, farklı markalı ürünlerin satılmasının gerekip gerekmediği konusu ayrıca ele alınmalıdır. Türk Hukukundaki gelişmelere baktığımızda, TPE tarafından yayınlanan 2004 tarihli “Marka ve Coğrafi İşaret Başvurularının Hazırlanması Marka ve Coğrafi İşaret İşlemleri İle İlgili Bilgiler ve Gerekli Belgeler” kılavuzunda, perakendecilik hizmetinin meydana gelmesi için, farklı markalı malların bir araya getirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁰. Türk doktrininde de, perakendecilik hizmetinin söz konusu olması için mağazada sunulan malların farklı markalı mallar olması gerektiği yönündeki görüş ağırlıktadır⁴¹. Bu görüşe göre, bir kişi ürün markasını satma hakkına sahiptir ve üretilen malın satılması perakendecilik hizmeti kapsamına girmez. Zira bir ticari işletme bün-

³⁸ ÜNSAL, Perakendecilik Hizmetleri Nedir?, <https://iprgezgini.org/2015/06/09/perakendecilik-hizmetleri-nedir-marka-tescilinde-somut-karsiligi-ne-sekilde-ortaya-cikar/>

³⁹ Davies, s.378.

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz; Ali PASLI/Cem SOYKAN, “Marka Tescilinde 35.08.Sınıfın Anlamı ve Kapsamı”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul 2011, s. 441-474, s. 452, 455, 456.

⁴¹ PASLI/SOYKAN, Marka Tescilinde 35.08.Sınıfın Anlamı ve Kapsamı, s. 453 vd; ÇOLAK, s. 219 vd.; Doğan, s. 25 vd; Sevilay UZUNALLI, Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan, İstanbul 2017, s. 694.

yesinde üretilen ürünlerin satılması, işletmenin temel faaliyeti olup, tescilli ürün markası altında üretilen ürünlerin satılması için, bu markanın 35.05 perakendecilik hizmeti sınıfında tescil edilmesine gerek yoktur. Bu görüş doğrultusunda, üretilen malın satımı, taşıdığı markanın 35.05. sınıfta kullanılması anlamına gelmez. Bu bir ürün markası kullanımıdır⁴². Bu görüşe göre, sadece Sarar markalı ürünleri satan Sarar markalı mağazada sunulan hizmet perakende satış hizmeti değildir⁴³. Perakendecilik hizmetinin gerçekleşmesi için, malların farklı sınıflara ait olması gerekmez de, aynı türdeki malların farklı markalı olması gerekir (örneğin Watson, Gratis mağazalarında farklı markalı kozmetik malzemeleri satılmaktadır; Boyner, Harvey Nichols gibi mağazalarda giysi ürünleri satılmaktadır; Migros, Carrefour gibi marketlerde de çoğunlukla gıda ve temizlik ürünleri satılmaktadır)⁴⁴.

Fikrimizce bu görüş TPE'nin eski uygulamasını yansıtsa da, günümüzün uluslararası uygulamasını ve "perakendecilik hizmeti" tanımını yansıtmamaktadır. Zira perakendecilik hizmeti, hiçbir yerde farklı markalı malların satışını gerektirecek şekilde tanımlanmamaktadır (TPE'nin eski kılavuzu dışında). Hiçbir güncel ABAD kararı ve yazılı başkaca kaynak farklı markalı malların satışa sunulmasını aramamaktadır. Perakendecilik hizmeti, hizmetin kendisi ile ilgili olup, markaların farklı olması ile ilgili bir kavram değildir. Önemli olan, satışı çevreleyen hizmetlerin bulunması olup, hatta Giacomelli kararında da belirtildiği gibi, mağazanın self-servis olması da o mağazada sunulan hizmetin "perakendecilik hizmeti" olarak tanımlanmasını engellemez.

Ürün markası ile mağaza açma hakkı şeklinde bir hak marka hukukuna bulunmamaktadır. Ürün markasına dayanarak, üçüncü kişiyi engelleme hakkı vardır. Ama bu hak süresi içinde kullanılmazsa, artık üçüncü kişinin hakkından bahsedilebilir ve üçüncü kişinin hakkına rağmen mağazacılıkta kullanım hakkı olmaz.

⁴² **ÇOLAK**, s. 219,220; **PASLI/SOYKAN**, Marka Tescilinde 35.08.Sınıfın Anlamı ve Kapsamı, s. 453. Hatta yazarlar, bir ürünün üretim ve satımı için gerekli olmamasına rağmen, 35.05 sınıfta tescil yaptıran kişinin, ürün markasını üretilip satmakta ise, markasının 35.05 sınıftaki perakendecilik hizmeti bakımından kullanmama dolayısıyla hükümsüz sayılması gerekir. Biz bu fikre katılmamaktayız, zira ürün satışı ve perakendecilik hizmeti iki farklı olgu olup, ABAD kararlarından da anlaşıldığı üzere, perakendecilik hizmetinin meydana gelmesi, satışa sunulan markaların farklı olmasına bağlı değildir.

⁴³ **DOĞAN**, s. 28.

⁴⁴ **PASLI/SOYKAN**, s. 455.

Ayrıca, farklı markalı ürün kriteri çok yanıltıcı bir kriterdir. Şöyle ki; eğer bir kişinin örneğin Astor markasını sadece 25.sınıftaki giysi ürünleri için tescil ettirdiyse ve Astor adlı bir mağaza açarsa ve sadece Astor markalı ürünler satarsa yaptığı hizmet mağazacılık hizmeti olmayacaktır. Ancak Astor markalı giysiler yanında ayrıca tek bir farklı markalı mal satarsa, mağazacılık hizmeti olacaktır. Bu durumda perakendecilik hizmetinin merkezindeki unsur hizmetin kendisi değil, ürünün markası olması gibi, karmaşaya yol açılacaktır.

ABAD kararlarında bu husus yerleşik uygulama haline gelmiş olup, tartışmaya konu olmamaktadır. O Store kararında ABAD, birçok üreticinin kendilerine ait satış yaptıkları mağazalarının bulunduğu ve ürünlerin satışı hizmetini kendi açtıkları mağazalarda verdiklerini belirtmiştir. Kararda, sadece kendi markalı ürünlerini satan mağazalarda, hem ürün markası kullanımı, hem perakendecilik markası kullanımının gerçekleştiği belirtilmiştir (O Store, para.50,51). Ayrıca gerek doğrudan üreticilerin, gerek dağıtım sözleşmeleri ile bu markalı ürünlerin satışını gerçekleştiren kişilerin mağazalarda verdikleri hizmetlerin perakendecilik hizmeti olduğu da belirtilmiştir (O Store, para. 51). Bu kararda da belirtildiği gibi, Zara ürünleri Zara mağazalarında, Levis ürünleri Levis mağazalarında satılabilir ve mağazada sadece bir markalı ürünün satışının gerçekleştirilmesine rağmen, mağazada perakendecilik hizmeti sunulmaktadır⁴⁵.

ABAD tarafından verilen T-89/11 sayılı Nanu-Nammu kararında, Mahkeme, hukuki satış işlemlerinin yapılmasını teşvik etmek üzere **sunulan hizmetlerin ya doğrudan doğruya üretici tarafından sunulduğunu veya üreticinin onayı ile yapıldığını belirtmiştir** (Nanu-Nammu, para.47)⁴⁶. Görüldüğü üzere, Mahkeme ürünlerin satış mağazalarında üretici tarafından, ürün için alınan marka ile gerçekleştirilmesi durumunu da, bu mağazalarda yapılan satışın perakendecilik hizmeti olduğunu belirtmiştir. Karar sadece parfüm ürünlerine yönelik bir karar olup, parfüm gibi daha dar bir ürün yelpazesi bulunan sektörlerde dahi, parfüm üreticilerinin kendi satış noktalarının ve kendi internet sitelerinin bulunduğu; bu satış noktalarında sadece kendi ürünlerini sattıkları (Nanu-Nammu, para.46), bu ihtimalde dahi

⁴⁵ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68564&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=211450>

⁴⁶ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165647&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=361191>

tüketicilere yönelik perakendecilik hizmetinde bulundukları belirtilmiştir (para.48). Nitekim ürün markası sahibi üreticinin de sadece bu ürünü satmak üzere mağaza açması durumunda mağazacılık hizmetinde bulunacağı sonucuna varılmıştır.

Kural olarak bir markayı tescil ettiren kişi, bu markasına dayanarak ürün üretebilir, bunları satabilir ve elbette ki başkasının haklarını ihlal etmemekte ise, söz konusu marka ile mağaza açabilir. Ancak bu kişi, ürün markası ile mağaza açtığı anda, artık perakendecilik hizmeti veriyor olacaktır. Markası da 35.05 sınıfında tescilli olmadığı için, tescilsiz marka kullanımı söz konusu olacaktır. Görüldüğü üzere perakendecilik hizmeti, mağazada satılan ürünlerin farklı markalı ürünler olup olmadığı ile ilgili bir husus değildir. Önemli olan husus satılan marka değildir, mağazacılık hizmetinin sunulmasıdır.

ABAD kararı ve Avrupa markası inceleme kılavuzunda, perakendecilik hizmeti markası olabilmesi için mağazada farklı markalı ürünlerin bulunması gerektiği yönünde bir ibare yoktur. Aksine, yukarıda da değindiğimiz kararlardan anlaşılabacağı üzere, bir tek marka altında ürünlerin mağazada satılması da perakendecilik hizmeti olarak kabul edilmektedir. Önemli olan tek husus, malların müşteriler tarafından görülmesi ve satın alınması için elverişli bir şekilde bir araya getirilmesi ve sunulmasıdır. Malların bir araya getirilmesi ibaresinden, bu malların farklı markalı olması gerektiği sonucunu çıkarmak mümkün değildir.

Perakendecilik hizmeti için, klasik anlamda mağazanın açılması yeterlidir. Keza EUIPO marka inceleme kılavuzunda, bu husus açıkça belirtilmiştir: mağaza, kiosk, süpermarket, butik, e-posta yoluyla satış, internet yoluyla satış gibi tüm satış yolları, perakendecilik hizmetine dahildir (inceleme kılavuzu, s. 48, no.7.1; s. 49, no. 7.6)⁴⁷. Hizmetin sunulduğu ortamın dükkan, mağaza, vb. gibi bir mekan olması zorunluluğu bulunmamaktadır. **Anılan hizmet; dükkan, mağaza gibi mekanlarda malların klasik biçimde sunumu yoluyla verilebildiği gibi, internet, TV gibi elektronik ortamlarda veya katalog yoluyla satışa sunum gibi farklı yöntemlerle de sunulabilir**⁴⁸.

⁴⁷ https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/trade_marks/Guidelines/09_part_c_opposition_section_2_identity_and_likelihood_of_confusion_chapter_2_comparison_of_goods_and_services_en.pdf.

⁴⁸ <https://iprgezgini.org/2015/06/09/perakendecilik-hizmetleri-nedir-marka-tescilinde-somut-karsiligi-ne-sekilde-ortaya-cikar/>

Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, **kişi mallarını bir mağazada şahsen kendisi veya başka araçlarla satabilir. Örneğin kendi ürünlerini satacağı mağaza açmak yerine, genel olarak o tür malları satan başka tüccarlara da satabilir. Marka hakkı sahibinin gerçekleştirdiği satım şekillerinden ilki, perakendecilik hizmeti iken, ikincisi perakendecilik hizmeti olmayıp, satıştır.**

4. Mağaza İsmi Ürün Markası Kullanımı Olarak Kabul Edildiği İstisnai Durumlar

Kural olarak mağaza ismi kullanımı, mağazacılık hizmetlerini ayırt etmeye yarar (mağazacılık hizmetleri ve ürünün farklı nitelikleri dolayısıyla). Ancak bazı hallerde farklı alanlarda tescilli olsalar dahi, örneğin mağaza ismi olarak kullanılan ve esasen perakendecilik hizmeti markası olarak tescilli bulunan ibarenin, ürün kullanımı olarak kabul edilmesi istisnaen mümkündür.

15.07.2015 tarihli Case T-24/13 Cactus SA v OHIM kararında, Mahkeme, Cactus ibaresini mağaza ismini kullanan kişinin, sattığı çiçek, doğal bitkiler ve tohumlar üzerinde/yanında marka kullanmaması dolayısıyla, mağaza isminin mallara da sirayet edebileceğini belirtmiştir. Bunun sebebi, tüketicilerin, ürünün kalitesi için, artık mağazayı sorumlu tutabilmesidir. Sadece mağaza ismini kullanan ve sattığı çiçek, bitki, tohumlar için ayrı bir marka kullanmayan kişinin, esasen bu ürünler açısından da mağaza ismini marka olarak kullandığı kabul edilmelidir. Cactus kararının 70 nolu paragrafına göre, *35.sınıfta tescilli marka, başvuranın mağazasına işaret eder. 35.sınıftaki tescil, mağazada satılan ürünlere işaret etmez, mağazada satılan ürünlerin satışına ilişkin hizmetlere işaret eder. Bunula beraber, mağaza ismi olarak kullanılan 35.sınıftaki tescil, aynı zamanda marka taşımayan bitkiler, çiçekler ve tohumlar bakımından, ürün markası kullanımı olarak da kabul edilebilir. Bu gibi istisnai durumlarda, markanın mağaza ismi olarak kullanımı aynı zamanda markanın mal üzerinde kullanımı olarak da kabul edilebilir*⁴⁹.

Kaktüs kararında, bir ibarenin mağaza ismi olarak kullanımı, mağazacılık hizmeti olarak kabul edilmiştir. İstisnai durumlarda tabeladaki marka, ürünlerinde yapılan kullanım olarak kabul edilmektedir. Örneğin, bir pasta-

⁴⁹ Bu karar, ABAD'ın 11.10.2017 tarih ve C-501/15P kararı ile Onanmıştır. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195403&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=210158>

nenin isminin söz konusu olduğu durumlarda, pastanede açıkça üçüncü kişilerin markalarının satıldığı belirtilmediği sürece, pastanede satılan ürünlerin de pastane tabelasındaki isim (marka) ile satıldığı kabul edilmelidir. Keza aynı husus mobilyalar için de geçerlidir. Bir mobilya mağazasında, ürünler üzerinde açık bir şekilde mobilya markası bulunmuyorsa, bu mobilyanın mağaza ismi ile kullanıldığı kabul edilmelidir. Önemli olan husus, markanın ürün üzerinde kullanılması değildir, ürünle ilgili olarak kullanılmasıdır. İngiltere’de verilen Euromarket Designs Inc v Peters and Crate & Barrel [2001] FSR 20 kararında, mağaza ismi olan Crate&Barrel ibaresinin, ürün markası kullanımı olarak kabul edilmesi için, mağazadaki ürünler üzerinde markanın bulunmaması ve Crate&Barrel ibaresi ile aynı zamanda mağazada satılan ürünlerin de anlaşılması gerekir⁵⁰. Ancak, söz konusu mağazada yer alan ürünlerin üzerinde üçüncü kişilerin markalarının bulunması durumunda, mağaza ismi kullanımı ayrıca ürün markası kullanımı olarak kabul edilemez, sadece perakendecilik markası kullanımı olarak kabul edilir.

Mağaza ismi tek başına burada satılan mal veya hizmetleri ayırt etmeye yaramaz. Zira şirket ismi şirkete, mağaza ismi ise yapılan ticarete işaret eder. Bundan dolayı, mağaza ismi kullanımı, mağazada satılan ürün markasının kullanımı olarak kabul edilemez (13.04.2011 tarih ve T-209/09 sayılı Adler Capital kararı⁵¹, no. 45,46; 13.3.2009 T-183/08 no.lu “Jello SchuhparkII”, no. 31,32).

Mağaza ismi veya şirket ismi malların üzerine konulursa söz konusu mağaza ismi veya şirket ismi marka olarak kullanılmış kabul edilir veya söz konusu isim ürünler üzerinde kullanılmasa dahi, kullanımın kendisi mağaza ismi ile ürünler arasında bağlantı kurmaya elverişli olabilir (Celine, 11.09.2007, C-17/06, no.21-23⁵²; ayrıca bkz Coloris kararı, 30.11.2009, T-353/07, no.38⁵³).

⁵⁰ [2001] FSR 20.

⁵¹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd25f6d9a1ba6c40e5a6bdaa7e5fd892b4.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbxn0?text=&docid=81443&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=805228>

⁵² <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd48a50665b3de440b9d1781c93cfe86da.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbxz0?text=&docid=62599&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=156571>

⁵³ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd42f58ed7937645e7a5e5f1c67a4652e7.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNchb0?text=&docid=76773&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35060>

Bu durumda bir mağaza ismi, perakendecilik markası yanında özellikle mağazada üçüncü kişilere ait markalı ürünler satılıyorsa ürün markası kullanımı olarak kabul edilemez. Ancak mağaza içindeki ürünler üzerinde marka bulunmuyorsa, tüketiciler ürünlerin mağaza markası ile satıldığını düşünebilir ve perakendecilik hizmeti markası olarak kabul edilen mağaza ismi, ürün markası olarak kullanılmış kabul edilebilir⁵⁴. Marka kullanımı soyut olmayıp, somut olmak zorunda olduğu için, marka kullanımının sektörde ne şekilde algılandığı önemlidir⁵⁵. Mağaza ismi kullanımı, 35.sınıftaki kullanımdır.

D. PERAKENDECİLİK HİZMETİ VE ÜRÜN MARKASI ARASINDAKİ BENZERLİĞİN TAYİNİ VE SONUÇLARI

Ürün markası ile perakendecilik hizmeti markası arasındaki sorunlardan birisi, markaların koruma alanlarının ve benzerliklerin tespit edilmesi ile hak sahibinin belirlenmesindeki zorluktan kaynaklanmaktadır. Bu zorluğun, aşağıda yapılmaya çalışıldığı gibi, marka hukukunun temel ilkeleri ışığında çözülmesi gerekir.

1. Perakendecilik Hizmeti ile Ürün Arasındaki Benzerlik ve Derecesi

Perakendecilik hizmeti sınıfı ile satışa konu ürün arasındaki benzerlik, öncelik ve belirlilik ilkesi çerçevesinde belirlenir⁵⁶. Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinin temelinde, öncelik ilkesi yatmaktadır. İncelenmesi gereken temel husus, sonraki kullanımın önceki haklı kullanımı ihlal edip etmediğidir. Sonraki kullanım, önceki hak sahibi tarafından yapılan kullanım olarak algılanacaksa ve tüketiciler mal/hizmet sunanları karıştıracaksa, ilk kullanan/tescil ettirenin hakkı ihlal edilmiş sayılır⁵⁷. Aşağıda incelenecek olan kararlarda da belirtildiği üzere, ürün ve ürünün satılacağı mağazacılık hizmeti arasında benzerlik bulunmaktadır.

⁵⁴ Bu konuda bkz., İngiliz Marka Kılavuzu, s. 205, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/690003/Trade-Marks-Manual.pdf

⁵⁵ 30 Kasım 2009 tarihli ve T-353/07 no.lu Esber v OHIM — Coloris Global Coloring Concept (COLORIS) kararı, para. 21,22. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76773&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=200920>

⁵⁶ Ali PASLI, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul 2018, s. 1vd.

⁵⁷ Cherpillod, s. 119-120.

24 Eylül 2008 tarihli ve T-116/06 sayılı “O-Store” kararı, ürün markası ile söz konusu ürünün satılacağı 35.05 sınıftaki perakendecilik hizmeti arasındaki benzerliğin değerlendirilmesi açısından önemli bir karardır⁵⁸. 7 Şubat 2001 tarihinde Oakley şirketi “O Store” ibaresinin gözlükler, optik ürün ve aksesuarları, kıyafetler, saatler için, on-line satış mağazası hizmetleri dahil, perakendecilik hizmetlerinin 35.sınıfta tescil edilmesi için başvurmuştur. Markasının tescil edilmesinden sonra Fransız şirketi Venticinque Ltd, 28 Aralık 2000 tarihinde Fransa’da tescilli bulunan “The O Store” markasına dayanarak, “O Store” markasının hükümsüz kılınması için başvurmuştur. Hükümsüzlük talebinde bulunan kişi, 18.ve 25.sınıftaki tescillerine dayanmıştır.

Mahkeme, kıyafetlerin, ayak giysilerinin, spor ve sırt çantalarının, gerçekte perakendecilik hizmetinden farklı olduğunu, sayılan ürünlerin misli eşya niteliğinde olduğunu, oysa hizmetlerin bu özellikte olmadığını, ayrıca bu iki sınıfın amacının farklı olduğu belirtilmiştir (O store, para.47-48). Bununla beraber, bu ürünlerin ve ürünlerin satıldığı perakendecilik hizmetlerinin birbirini tamamlayıcı olduğunu, ilgili ürüne ilişkin perakendecilik hizmetinin gerçekleşmesi için ürünün bulunması gerektiği belirtilmiştir (O store, para.42-62).

Zara ürünleri Zara mağazalarında, Levis ürünleri Levis mağazalarında satıldıkları için, tüketiciler, perakendecilik hizmetinin, üretici tarafından verildiğini düşünebilir. “The O Store” markasının sahibi, üçüncü bir kişinin “O Store” ismiyle mağaza açması durumunda, tıpkı yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, tüketicilerin yanılabileceklerini ileri sürmüştür⁵⁹. “O Store” mağazasına giren bir kişi “The O Store” markalı ürünlerin satıldığını düşünebilir ve böylece perakendecilik hizmetini sunan ve ürünü üretenin kimliğini karıştırabilir. “O Store” kararında OHIM ve ABAD, ürün satışının perakendecilik hizmetinin sunulduğu yerlerde gerçekleştiğini belirtmiştir (O Store, T-116/06, para. 48, O Store-OHIM, para 21-22). Tüketiciler, perakendecilik hizmetini de ürünü de aynı ortamda buluyorlar, bunlar marketler, mağazalar vs olarak sayılabilir (para no. 21,22)⁶⁰.

⁵⁸ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68564&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=211450>

⁵⁹ Bu konuda bkz, OHIM 16 Ocak 2006 tarihli ve R 682 ve 685/2004-1 tarihli Oakley kararı, paragraf no. 8-e. file:///C:/Users/user/Downloads/20060117_R0682_2004-1.pdf

⁶⁰ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68564&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=211450>; file:///C:/Users/user/Downloads/20060117_R0682_2004-1.pdf, para no.21,22.

Bir ürünün marka sahibinin ürün satışı ve bu ürünle ilgili olarak perakendecilik hizmeti sunan kişiler, arzlarını aynı satış yerlerinde gerçekleştirmektedir⁶¹. Aynı ürüne ilişkin olarak, ürün ve ürünün satışının gerçekleştiği hizmet arasındaki yakın bağlantı, bunların tamamlayıcı mal/hizmet olduğunu göstermektedir. Ürünler, bu ürünlere ilişkin satış hizmetlerinin yapılması için zaruridir, zira perakendecilik hizmeti, ancak bu ürünlerin varlığı halinde söz konusu olabilir. Perakendecilik hizmetlerinin amacı, ürünlerin tüketicilere satışıdır. Bu satış da, hizmetin gerektirdiği diğer hizmetlerle birlikte bulunduğu için, 35.sınıftaki perakendecilik hizmeti oluşur⁶². Bu hizmetler ve markalar arasındaki bağlantı “yardımcı” veya “yan” olarak tanımlanamaz. Her ne kadar ürün ile ürünün satış hizmeti aynı amaca hizmet etmese, aynı türde olmasa da bunlar tamamlayıcı oldukları için aralarında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu kabul edilir.

Perakendecilik hizmetlerinin sunulduğu mağazalarda, ürünler satılmaktadır. Bu durumda mal ve hizmetlerin farklı kişilere ait olması durumunda, tüketiciler “O Store” mağazasında sunulan perakendecilik hizmetlerinin, “The O Store” markalı malları satan marka sahibi tarafından verildiğini düşünebilir⁶³. Bu husus özellikle ürün markasının kapsadığı ürünlerin, satış mağazalarında satılan ürünlerle ayniyet/benzerlik gösterdiği durumlarda söz konusu olur. Ürün markasının ve perakendecilik markasının farklı kişilere ait oldukları durumlarda, bunlara ilişkin işlemler farklı yerlerde yapılsa dahi, kişiler bunların aynı ticari işletmeye ait olduğunu düşünebilirler. Kişilerin markaların aynı kişiye ait olduklarını düşünmesi, karıştırma ihtimaline yol açar. Markanın menşei gösterme fonksiyonun zedelenmesi durumunda, karıştırılma ihtimalinin bulunduğu sonucuna varılır.

Ürünler ve hizmetlerin niteliği, amacı ve kullanım şekilleri farklı olsa da, bunlar birbirinin tamamlayıcısıdır. Hizmetler ürünlerle aynı noktalarda sunulmaktadır ve aynı tüketici kitlesine yönelmektedir⁶⁴.

⁶¹ O Store, para. 51 vd. Ayrıca bkz, ABAD T-443/05 El Corte Inglés v OHIM– Bolaños Sabri (PiraÑAM diseño original Juan Bolaños) [2007] ECR II-0000, para. 37; ABAD T-169/03 Sergio Rossi v OHIM – Sissi Rossi (SISSI ROSSI) [2005] ECR II 685, para. 68, söz konusu karar, ABAD C-214/05 P Rossi v OHIM [2006] ECR I 7057 kararı ile onanmıştır.

⁶² O Store, para. 54,55.

⁶³ O Store, para.75.

⁶⁴ 07.09.2016 tarihli ve 204/14 no.lu Victor kararı, para.103 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183102&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=951296>

ABAD tarafından verilen bir kararda başvuran, özellikle parfüm piyasasında, perakendeci veya posta yoluyla (mail order) ticaret yapanların, parfüm ürün üreticilerinden farklı olduğunu ileri sürmüştür. Bundan dolayı, ortalama tüketicinin bu konuda makul derecede bilgi sahibi olduğunu ve parfüm ürünü üreticisinin perakendecilik hizmeti sunanlardan farklı olduğunu bildiğini, bunların markaları arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Benzer markaların birisi 3.sınıfta yer alan parfüm ürünleri, diğer ise 35.sınıfta yer alan perakendecilik hizmetleri için tescil edilmesi durumunda, benzerliğin düşük derecede olduğunu iddia etmiştir⁶⁵.

Bu iddialara karşılık ABAD'ın Genel Mahkeme'si, 3. sınıfta korunan parfüm ürünleriyle, 35.sınıftaki hizmet sonucu satılacak olan parfüm ürünlerinin aynı olduğunu ve parfüm ürünleriyle perakendecilik satış hizmetleri arasında bu ürünler bakımından benzerlik bulunduğunu belirtmiştir⁶⁶.

Kararda, ürün markası sahibinin perakendeciden hukuken farklı kişiler olduğu iddiası genelleştirilemeyeceği, zira bazı durumlarda, üreticinin kendi satış mağazaları, satış noktaları veya satışın yapıldığı internet sitelerinin bulunabileceği belirtilmiştir. Üreticinin, ürünleri doğrudan tüketicilere satmadığı durumlarda da dağıtım zincirleri üzerinde etkisi bulunmaktadır. Özellikle seçici dağıtım zincirinin söz konusu olduğu durumlarda, perakende hizmeti sağlayıcıları sıklıkla üreticinin taleplerine uymakla yükümlü tutulmaktadır. Hukuken gerçekleşen satış işlemleri yanında, satıcılar bu gibi anlaşmaların yapılmasını teşvik etmek için gerekli diğer hizmetleri de gerçekleştirmektedir⁶⁷. Sonuç olarak, satış hizmetini sunan kişi ile üreticinin farklı kişiler olması gibi durumların varlığı, benzerliğin değerlendirilmesinde büyük etkiye sahip değildir. Bu ürün ve hizmet, aynı dağıtım zincirinde yer almaktadır. Ürün ve hizmet arasındaki bağlantı "zayıf" olarak nitelendirilemez (Nanu-Nammu, para.49). Bu karar temyiz edilmiş olsa da, 14.04.2016 tarihli ve C-479/15P kararı ile bütün temyiz itirazları Mahkeme tarafından reddedilmiştir⁶⁸.

⁶⁵ 9 Temmuz 2015 tarihli ve T-89/11 sayılı Nanu- Nammu kararı, para.40 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165647&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=361191>

⁶⁶ Nanu- Nammu, para.42.

⁶⁷ Nanu-Nammu, para. 46,47.

⁶⁸ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30ddafe4f5189dae4d0aa244f93d9738c7b0.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbhr0?text=&docid=176906&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=360974>

İsviçre doktrinini ve Mahkeme kararlarına göre ise, ürün markası ile perakendecilik hizmeti markası arasında karıştırılma ihtimali bulunmamaktadır. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz “Sud Express/Expressfashion” kararında, 35.sınıftaki tescilli marka ile ürün sınıfındaki tescilli marka arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı belirtilmiştir. Örneğin 25.sınıfta giysiler için tescilli markanın benzeri 35.sınıfta giysi satışı perakendecilik hizmeti için tescilli ise, markalar arasında karıştırılma ihtimali bulunmamaktadır⁶⁹. İsviçre doktrinine göre de ürün markası ile perakendecilik hizmeti markası arasında benzerlik bulunmamaktadır. Zira her ürün ticaret hayatına çıkmak için bir dağıtım şekline ihtiyaç duyar. Bu ürün/hizmetleri benzer kabul etmek, belirlilik ilkesinin içini boşaltacaktır⁷⁰.

2015 yılında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen “Zoo Sport” kararında da 25 ve 35. sınıftaki mal ve hizmetler için tescilli olmasına rağmen sadece 25.sınıftaki kullanımı gerçekleştiren kişinin, sonraki tarihli marka tescili talebinin sadece kullanılan sınıf bakımından tescili önleyebileceğini belirtmiştir. Kararda, ürün sınıfı markası ile bu ürünün satışını gerçekleştiren mağaza ismi arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığını belirtmiştir⁷¹.

Yargıtay kararlarına baktığımızda da, ürün markası ile ürünün satıldığı mağazacılık hizmeti markası arasında benzerlik bulunduğunun kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay 11. HD’nin E. 2015/4463, K. 2015/11255, T. 28.10.2015 tarihli kararı ile onanan ilk derece mahkemesinin kararına göre⁷²;

“...başvuru konusu işaretin 21. sınıf ürünlerin mağazacılık hizmetiyle ilgili olarak davacının önceki markalarına değil, davalının markalarına yansıdığı, ortalama tüketicilerin başvuruyu davalının markalarıyla ilişkilendireceği, davacı markalarıyla bağlantı kurmayacağından başvuru konusu hizmetler ile davalı markası kapsamındaki ürünlerin aynı tür olarak nitelendirilmelerinin zorunlu bulunduğu, 21 ve 35/6. sınıftaki ürün hizmetlerin

⁶⁹ İsviçre Federal Mahkemesi’nin 11.08.2006 tarihli ve MA-WI 44/05 no.lu “Sud Express/Expressfashion” kararı, gerekçe no. 4, 10,11.

⁷⁰ Doktrindeki görüşler için bkz; **Cherpillod**, s. 123 vd; **Alberini**, s. 125 vd.

⁷¹ <https://swisslex.ch/Doc/ShowDocView/76ef2800-74f5-4c16-b1dc-0768ee208f47?hitPos=16&tryHighlight=True&source=hitlist-search&SP=5144euqm#firstSearchTerm>. bu konudaki açıklamalar için bkz, karar no.8.

⁷² www.kazanci.com.tr.

alıcısı/yararlanıcısı konumundaki ortalama tüketici ve yararlanıcı kitlesinin özellikle marka ve başvuru konusu işaretlerin asıl ve ayırt edici unsurlarının görsel ve sescil olarak ayırt edilemeyecek derecede benzer olması da göz önüne alındığında bu iki markayı ilişkilendirmesinin ve başvuru konusu işa-
retin 21. sınıf ürünler bakımından davalının markasının serisi yahut yeni bir şekilde düzenlenmiş versiyonu gibi algılanmasının ve “T.” ibaresinin davalı-
nın ticaret unvanının ayırıcı unsurundan oluşması nedeniyle iltibasının işlet-
mesel bağlantılandırma ihtimalini kaçınılmaz kıldığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.”

Karardan da anlaşıldığı üzere, 21. sınıfta tescilli ürün markası, 21.sınıfta yer alacak ürünlerin satılacağı mağazacılık hizmeti markası ile benzer olarak kabul edilmiştir.

Yarg. 11. HD’nin E. 2016/5774, K. 2018/169, T. 10.1.2018 tarihli kara-
rına göre⁷³,

“...itiraza mesnet markalar ile başvuru markasında 25.sınıftaki malla-
rın aynı veya aynı tür olduğu, itiraza dayanak markalar 35.sınıfı içermese
de başvuru markasında mevcut 35/06 mağazacılık hizmetlerinin kapsamın-
da 25.sınıftaki giysiler, ayak, baş giysileri emtiasının da yer aldığı, başvuru
ile itiraza dayanak markaların da işitsel, görsel, kavramsal olarak ve genel
izlenim itibariyle karıştırılma riski bulunacak düzeyde benzer oldukları...”
yönünde hüküm kurulmuştur.

Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre, ürün sınıfı ile bu ürünün satılaca-
ğı perakendecilik hizmeti arasında benzerlik bulunmaktadır⁷⁴.

2. Perakendecilik Hizmetlerinin Kullanılacağı Ürünlerin Belirtilmesi Zorunluluğu ve Eski Düzenlemeye Göre Genel Perakendecilik Tescillerinde Koruma Kapsamının Belirlenmesi

Günümüzde, 35.05 sınıftaki perakendecilik hizmeti için, hangi malla-
rın satışının yapılamayacağını belirtmesi gerektiği bilinmektedir. Ancak,
tarihsel gelişim incelendiğinde, bu durumun zamanla bugünlere geldiği gö-
rülecektir.

⁷³ www.kazanci.com.tr.

⁷⁴ Yargıtay’ın bu yöndeki bazı kararları için bkz, Yarg. 11. HD’nin, E. 2015/14477, K. 2017/2162, T. 17.4.2017 tarihli kararı; Yarg. 11. HD’nin

Praktiker kararı öncesinde, 35.sınıfta tescilli olmakla beraber, “perakendecilik hizmetleri”nin sunulacağı ürünlerin belirtilmesi zorunlu değildi. OHIM Başkanı’nın Mal ve Hizmet Listelerinin Belirlenmesinden Sınıf Başlıklarının Kullanımına İlişkin 16 Haziran 2003 tarihli ve 4/03 no.lu Başkanlık Genelgesi’ne göre, markanın tescili başvurusunda sınıf başlıklarının kullanılması, markanın bu sınıftaki tüm ürün/hizmetler için kullanımı olarak anlaşılır⁷⁵. Bu bildiri, OHIM Başkanının, Mal ve Hizmet Listelerinin Belirlenmesinde Sınıf Başlıklarının Kullanımına İlişkin 20 Haziran 2012 tarihli ve 2/12 sayılı Başkanlık Genelgesi ile değiştirilmiştir. Bu son genelge ile başvuranın, markanın kullanılacağı mal/hizmetlerinin açık ve kesin olarak anlaşılması gerektiğinin altı çizilmiştir. Eğer sınıf başlıklarındaki genel ifadelerin kullanılması, koruma kapsamını yeterince açık ve kesin olarak anlama imkanı veriyorsa, sınıf başlıklarının kullanılması da mümkün olacaktır. Ancak bu genel bir kural olmayıp her somut olayda incelenecektir (2/12 sayılı genelgenin 3.başlığı)⁷⁶. Bununla beraber, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak ve 2/12 sayılı genelgenin 5.başlığı altındaki açıklamalara göre, 20 Haziran 2012 tarihli genelgenin yürürlüğe girmesinden önce markasını tescil ettirmiş olan kişinin başvurusunun ilgili sınıftaki bütün alt sınıfları içermiş gibi kabul edilmesi gerekir (31 Ocak 2013 tarihli ve T-66/11 sayılı Present-Service Ullrich v OHIM — Punt Nou (babulu) kararı, para.no. 50)⁷⁷.

C-418/02 sayılı Praktiker kararına kadar, perakendecilik hizmetinin hangi ürünler bakımından kullanılacağı hususunun tescili istenmiyordu.

⁷⁵ OJ OHIM 9/2003, s. 1647.

⁷⁶ IP Translator davası ve bu davanın etkileri ve 2/12 Başkanlık Genelgesinin uygulama ve etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Önder Erol ÜNSAL, “IP TRANSLATOR I – İlahlar Böyle İstedi – C-307/10 sayılı ECJ Kararı”, 17 Aralık 2013, <https://iprgezgini.org/2013/12/17/ip-translator-i-ilahlar-boyle-istedi-c-30710-sayili-ecj-karari/>; Önder Erol ÜNSAL, “IP TRANSLATOR” Davası ve Nicé Sınıflandırmasında Sınıf Başlıklarının Kapsamı Sorunu”, 17 Aralık 2013, <https://iprgezgini.org/2013/12/17/ip-translator-davasi-ve-nice-siniflandirmasinda-sinif-basliklarinin-kapsami-sorunu-1/>; Önder Erol ÜNSAL, “IP Translator II – OHIM Reaksiyonu yani 2/12 sayılı OHIM Başkanlık Genelgesi”, <https://iprgezgini.org/2013/12/17/ip-translator-ii-ohim-reaksiyonu-yanii-212-sayili-ohim-baskanlik-genelgesi/>; Önder Erol ÜNSAL, “Lambretta” Kararı (T-51/12) – Adalet Divanı Genel Mahkemesi “IP Translator” Kararının Uygulama Alanını Açıklığa Kavuşturmaya Devam Ediyor”, <https://iprgezgini.org/2014/10/29/lambretta-karari-t-5112-adalet-divani-genel-mahkemesi-ip-translator-kararinin-uygulama-alanini-acikliga-kavusturmaya-devam-ediyor/>.

⁷⁷ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-66/11&language=EN>

O yüzden genel bir şekilde 35.perakendecilik sınıfındaki tescil yeterli görülüyordu. Kararda, yapılan hizmetlerin belirtilmesine gerek olmamasına karşın, perakendecilik hizmetlerinin hangi ürünler bakımından belirtilmesi gerektiği belirtilmiştir. Praktiker kararından sonra, malların hizmetlerin ayrı ayrı tescil edilmesi gerektiği yönünde OHIM başkanının Perakendecilik Hizmetleri Markasının Tesciline İlişkin 31.Ekim 2005 tarihli ve 7/05 sayılı Başkanlık Genelgesi çıkarıldı ve bu genelgede, satış hizmetlerinin hangi ürün/ürün gruplarına bağlı olarak verileceği hususunun belirtilmesi gereğine işaret edildi. Bu bildirinin 6.paragrafına göre, mal ve hizmetlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde, “perakendecilik hizmetleri”, başkaca bir belirleme yapılmadığı sürece, hiçbir ürünle benzer sayılmayacaktır. Farklı ürünler için perakendecilik hizmetleri uygulanagelen benzerlik kriterlerine göre değerlendirilecektir. Tescil aşamasında itiraz sebebi olarak gösterilen önceki marka veya hükümsüzlüğü talep edilen markalar açısından benzerlik kriterleri değerlendirilirken, fiilen kullanıldıkları ürünler açısından değerlendirmenin yapılacağı belirtilmiştir⁷⁸. Bu bildiriye 4. paragrafta sadece ilgili sınıf başlıklarının belirleme bakımından yeterli olacağı belirtilmiştir.

Yukarıda, Ofis Başkanının üç genelgesinin söz konusu olduğu incelenmiştir. Bunlardan 4/03 no.lu Genelge ve 2/12 no.lu Genelge, Mal ve Hizmet Listelerinin Belirlenmesinde Sınıf Başlıklarının Kullanımına İlişkin Başkanlık Genelgeleri olup, koruma kapsamındaki açıklığın ve kesinliğin sağlanması açısından sınıf başlıklarının belirtilmemesinin sonucunu düzenlemeye yöneliktir. Oysa, Perakendecilik Hizmetleri Markasının Tesciline İlişkin 7/05 no.lu Genelge, perakendecilik sınıfında kullanılacak ürünlerin başvuruda belirtilmesine ilişkindir. Genelgelerden 4/03 ve 2/12 genel sınıf başlıklarının kullanılmasını düzenlerken, 7/05, spesifik olarak perakendecilik hizmetlerinin gerçekleşeceği ürünlerin belirtilmesine ilişkindir.

Türk Hukukundaki düzenlemelere baktığımızda, 2007/2 sayılı Tebliğ hükümlerine göre 35.08 sınıftaki mal ve hizmetlerin herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulması söz konusu değildir. Müşterilerin elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için, malların bir araya getirilmesi hizmetlerinin tescil edilmesi ile herhangi bir ayırım olmaksızın tüm mallar kapsam içine alınmaktaydı.

Ancak Praktiker kararının da etkisiyle, daha sonralarda gerek Avrupa, gerek TPE uygulama değişikliğine gitmiş ve mağazacılık sektöründeki tes-

⁷⁸ <http://euipo.europa.eu/en/office/aspects/pdf/co05-7.pdf>

cillerin, belirli mal/hizmetler ile sınırlı bir şekilde yapılmasını gerekli görmüştür.

19.10.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan değişiklik Tebliği ile BİK/TPE 2007/2 sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikte “Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri” şeklinde ifade edilen 35 inci sınıfının 6 ıncı paragrafı, “Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için “...” * bir araya getirilerek sunulması hizmetleri (belirtilen hizmetler perakende, toptan satış mağazaları, elektronik ortamlar, kataloglar ve benzeri diğer yöntemler ile sağlanabilir). * Bu bölümde hizmetin gerçekleştirileceği mal, mal grubu ya da sektör adını belirtiniz. Hizmetin mal ve sektörlerin tamamını kapsamaması durumunda “çeşitli malların” ifadesini kullanınız.” şeklinde değiştirilmiştir. Belirtilmesi gereken husus, bu tebliğe dayanan yeni uygulama Tebliğ md. 3’e göre yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bir diğer ifade ile, 19.10.2011 tarihinden önce tescil edilen markaları etkilemez⁷⁹.

Yargıtay uygulamasına baktığımızda da, bütün ürünlerde kullanılmak üzere 35.05 sınıfında tescil edilen markaların itiraza konu edilmesi halinde, tıpkı OHİM Başkanlık Genelgesinde ve ABAD kararlarında belirtildiği gibi fiilen kullanıldığı ürünlerin göz önünde bulundurulması gerektiği ve ancak fiilen kullanılan ürünler açısından marka hakkına dayanarak haklarını ileri sürebileceği işaret edilmiştir.

Yarg. 11. HD’nin, E. 2015/8504, K. 2016/3492, T. 30.3.2016 tarihli kararına göre⁸⁰;

- “...esasen genel olarak perakendecilik hizmetleri niteliğindeki bu tür hizmetler bakımından marka sahibinin hizmetin hangi tür ticaret alanında mal ve/veya mallar için kullanılacağını belirtmesi gerekmektedir. Davalı şirkete ait marka ise, genel olarak perakendecilik hizmetlerini içermekte olup, belirli sektör ya da gruplardaki ürünler sınırlandırılmamıştır.

⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Ali PASLI/Cem SOYKAN, “Markanın Tescilinde 35.08 Sınıfının Son Durumu ve Bu Sınıf Açısından Aynı Tür Hizmet Değerlendirmesinde Uygulanacak Esaslar”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, cilt.9, s.3-43, s. 4 vd.

⁸⁰ www.kazanci.com.tr.

- Bu itibarla, uyuşmazlık konusu işaretlerin benzerliğine karşın davacı başvurusunda 35. sınıf hizmetlerin kapsamında ticarete konu edilecek malların teker teker sayılması nedeniyle, başvuruya itiraz eden davalı şirketten söz konusu 35. sınıf hizmetler kapsamında başvuruda sayılan malların satış hizmetlerinin de verildiği hususunda varsa delillerinin ibrazı istenmek ve buna göre şayet davalının “...” markası ile 35. sınıf mağazacılık hizmetleri altında davacı marka başvurusunda yer alan ürünleri kapsayan ticareti bulunduğu takdirde bu ürünler yönünden ... kararının iptaline karar vermek gerekirken, anılan husus nazara alınmaksızın, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

Yarg. 11. HD’nin E. 2016/2289, K. 2017/4810, T. 27.9.2017 tarihli kararı da aynı yönde olup, şu hususları belirtmektedir⁸¹;

- “Davacı 2013/19836 Sayılı “NALÇACI” ibareli marka başvurusunda bulunmuş, 35.sınıf içerisinde yer alan toptan ve perakende satış hizmetlerine dair olarak bu hizmetler kapsamında sunacağı malları sınırlı olarak belirtmiştir.
- Her ne kadar davalılar adına tescilli “NALÇACILAR” ve “NALÇACIGİL” asıl unsurlu markalarda 35. sınıfta bulunan aynı alt gruptaki hizmetlerin varlığından dolayı itirazları kabul edilerek anılan alt grup bakımından başvurunun reddine karar verilmiş ise de, davalıların bahsi geçen markalarında 35.sınıf içerisinde yer alan toptan ve perakende hizmetleri bakımından sunulacak hizmetin hangi sektördeki malları kapsadığı konusunda bir sınırlama bulunmayıp genel olarak tescil yaptırılmıştır. O halde, **davacı tarafından marka başvurusunda bulunulan ve kapsamı sınırlandırılan hizmet kapsamındaki malların belirtildiği emtia için davalılar tarafından kendilerinin de tescilli markaları kapsamında aynı ya da benzer tür emtiaların satışı hizmetini sunduklarının kanıtlanması gerekir.”**

Yargıtay kararlarına baktığımızda, perakendecilik sınıfında tescil edilmiş, ancak ilgili ürün açısından fiilen kullanılmayan markaların göz önünde bulundurulmayacağı kabul edilmektedir.

3. Öncelik İlkesi ve Marka Üzerindeki Hak Sahipliğinin Tescitinde Fiilen Kullanma Şartı

Marka hukukundaki temel ilkelerden birisi olan öncelik ilkesinin sonucu olarak, hangi marka önce tescil edilmişse veya hangi marka önce kullanılmışsa, SMK'nın verdiği yetkiler çerçevesinde öncelik hakkından faydalanabilir. Bu bağlamda, eğer öncelikli olarak mağazacılık hizmeti markası tescil ettirmiş veya kullanılmışsa, bu kişi bu marka dolayısıyla bazı yetkilere ve engelleme hakkına kavuşmaktadır. Eğer bir kişi öncelikle ürün markasını tescil ettirmiş veya kullanmışsa, bu ürün markasının verdiği haklar çerçevesinde, sonraki mağazacılık kullanımını/tescilini engelleyebilir.

Bu noktada, markanın tescilli olup olmaması ve kullanılıp kullanılmamasına göre tanıdığı haklara kısaca değinmekte fayda vardır. Bir marka tescilli ise, SMK md. 6'ya göre sonraki aynı veya benzer markaların, aynı veya benzer mal ve hizmetler için tescil edilmesine itiraz etme hakkına sahiptir. İtiraz ileri sürüldükten sonra, markasına itiraz eden kişiye de SMK md. 19/2 hükmü ile def'i hakkı tanınmıştır. Eğer marka, itiraz tarihinden beş yıldan kısa bir süre önce tescil edilmişse, TMPK itirazı doğrudan incelemeye alır. Ancak önceki tescilli marka, itiraz sırasında beş yıldan daha uzun bir süre tescilli ise, markasına itiraz edilen kişiye def'i hakkı tanınmıştır. Markasına itiraz edilen kişi, itiraza dayanak olarak gösterilen markanın itiraz konusu mal/hizmetler bakımından son beş yıl içinde ciddi bir şekilde kullanıldığını ispatlamasını talep edebilir. Markanın tescilli olması, itirazın incelenmesi için yeterli değildir; ayrıca markanın son beş yıl içinde ciddi şekilde kullanılması da gerekmektedir. Tescilli markaya tanınan bazı haklar, markanın ciddi şekilde kullanılmasına bağlanmıştır. İtiraz gerekçesi markanın, tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanıldığının ispatlanması hâlinde itiraz, sadece kullanımı ispatlanan mal veya hizmetler esas alınarak incelenir. Tescilli olmakla beraber, son beş yıl içinde kullanılmayan markaya dayanılarak, sonraki markanın tesciline itiraz etme hakkı tanınmamıştır.

Marka tescilli olmamakla beraber eğer fiilen kullanılıyorsa, sahibinin SMK md. 6/3 hükmüne göre, sonraki marka başvurusuna itiraz etmesi durumunda, marka başvurusu reddedilir.

Görüldüğü üzere, ister tescilli olsun, ister tescilli olmasın, markanın fiilen kullanılması gerekir. Beş yıldan daha uzun bir süre tescilli olup da kulla-

nılmayan marka, sahibine itiraz etme hakkı vermez. Bir marka tescil edildiği ürünler dışındaki ürünler için kullanılıyorsa, kullanılan ürünler tescil edilen ürünlere benzer olsa dahi, kişinin marka hakkını kullandığından bahsedilemez⁸². Zira markanın kullanılması yükümü, sadece tescil edilen ürünlerle ilgilidir. Farklı kategorideki ürünlerdeki kullanım, markanın ciddi şekilde kullanımının gerçekleştiği anlamına gelmez. Ancak elbette ki, tescilli olmasına rağmen kullanılan markaya dayanılarak, SMK md. 6/3 çerçevesinde itiraz edilebilir. Burada teknik olarak, tescilli markanın kullanımı gerçekleşmemiş olsa da, tescilsiz kullanılan markaya tanınan haklar devreye girer.

ABD Marka ve Patent Ofisi Marka Temyiz Kurulu tarafından verilen 17.02.2016 tarihli kararda, markası sadece 35.sınıfta tescilli bulunan kişinin mağazasındaki kullanımının, sonraki giysi markası tescil başvurusu açısından red sebebi olarak kabul etmiştir. Kararda, 25.sınıfta tescilli markalı malların mağazalarda satışa sunulacağı, ürünlerin dağıtımının mağazalar aracılığı ile yapılacağı belirtilmiştir. Kararda ayrıca, ürünlerin ve mağaza isminin aynı olması durumunda, tüketicilerin markanın kaynak gösterme fonksiyonu dolayısıyla, markaların kaynağını karıştırılabileceklerini belirterek, sonraki tarihli 25.sınıfta yer alan giysi ürünleri için yapılan tescil başvurusunu reddetmiştir⁸³.

ABAD'ın önemli bir kararına göre (aşağıda belirtilen Schuhpark kararı), tescil prosedürü sırasında kullanmama def'i incelenirken, sadece tescilli olan marka açısından bir inceleme yapıldığı görülmektedir, tescilsiz kullanım, tescile dayalı itiraza esas teşkil edemez. SMK md. 19/2 hükmünde olduğu gibi 90/94 sayılı AB Tüzüğü md. 43/2'de de⁸⁴, tescil edilmek üzere başvurusu yapılan markaya, önceki markasına dayanarak itiraz eden kişi, talep üzerine markasını sonraki başvuru tarihinden önceki 5 yıl içinde ciddi

⁸² **Cherpillod**, s. 188, 189; Alois **Troller**, Immaterialgüterrecht: Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, vol. I et II, 3ème éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1983-1985 I, s. 315.

⁸³ <http://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-86345866-EXA-8.pdf>. Karar hakkında bilgi için bkz, Önder Erol ÜNSAL, "STYLEHOUSE" ve "STYLEHAÜS" Markaları USPTO Temyiz Kurulu'na Karşılaştırılıyor – Giysiler ve Giysilerin Perakendeciliği Hizmetleri Reloaded, <https://iprgezgini.org/2016/02/28/stylehouse-ve-stylehaus-markalari-uspto-temyiz-kurulunca-karsilastiriliyor-giysiler-ve-giysilerin-perakendeciligi-hizmetleri-reloaded/>

⁸⁴ AB'nin 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 sayılı Tüzüğü'nün 47/2 maddesi. Ancak yukarıda aktarılan karar 90/94 sayılı Yönetmelik sırasında verildiği için, metinde bu madde zikredilmiştir.

biçimde kullandığını ispatlamak zorundadır. İşte, kullanmama durumu incelenirken, sadece tescilli markanın kullanılıp kullanılmadığı incelenmektedir. Önceki kullanım tescilsiz bir kullanımsa ve itirazda da bu tescilsiz kullanıma dayanılmadıysa inceleme konusu olmaz. Önemli olan husus, dayanağın doğru bir şekilde formüle edilmesidir.

ABAD'ın aşağıdaki kararında da izah edildiği gibi, itiraz konusu marka, mutlaka tescilli marka olmalıdır. 13 Mayıs 2009 tarihli ve T-183/08 Schuhpark kararına konu olayda jello Schuhpark markasının 25.sınıfta yer alan ayakkabılar için tescil talebine karşı, Alman Schuhpark Fascies GmbH, 25.sınıfta tescilli önceki tarihli Schuhpark markasına dayanarak, sonraki tescile itiraz etmiştir. Marka Kurumu, itiraz eden şirketin markasını son 5 yılda kullandığını ispatlamasını talep etmiştir⁸⁵. Şirket, markasının ayakkabılar üzerinde kullanıldığını ispatlayamamakla beraber mağazacılık alanında kullandığını ispatlayabilmiştir. Karardaki 20 no.lu gerekçeye göre, markanın ciddi şekilde kullanımından bahsedilebilmesi için, markanın tescil edilmiş olduğu mal/hizmetlerle ilgili olarak kullanılması gerekir. Zira marka tescil edildiği mal/hizmet bakımından koruma sağlar. Tüketici markayı görünce, tescil edildiği ürünleri/hizmetleri algılamalıdır (arrêt de la Cour du 11 mars 2003, Ansul, C-40/01, Rec. p. I-2439, point 43). Markanın mağazacılık alanında kullanılması, markanın ürünler için ciddi kullanımını göstermeye yeterli değildir. Markasını sadece mağazacılık alanında kullanan kişinin talebi reddedilmiştir⁸⁶. 35.sınıftaki kullanım, 25.sınıftaki kullanım olarak kabul edilemez. Ancak ürünlerle bağlantılı olarak bir kullanım varsa ürün kullanımını olarak kabul edilebilir. Bu kararda görüldüğü gibi, dayanan marka bakımından önceliğin bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Bir marka, ayakkabı ürünü için tescil edilmişse ancak kullanılmamışsa, kullanılmayan tescilli markaya dayanılarak itiraz prosedürü başarıyla sonuçlandırılmaz. Bu kararda, kullanılan tescilsiz markanın tanıdığı haklar irdelenmemiştir. Öncelik iddiası tescilli markaya dayandırılmışsa, inceleme sadece bu önceki tescile dayalı olarak yapılır.

İsviçre Federal Mahkemesi de benzer şekilde öncelik hakkına dayanarak itiraz hakkının sadece tescilli ve kullanılan markalar için tanındığını belirt-

⁸⁵ SMK 19/2'teki düzenlemenin karşılığı olan hüküm uyarınca.

⁸⁶ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd8159eb42b1ed4889b4bcc3f6eed4b908.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbx10?text=&docid=74032&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=187443>

miştir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin genel yaklaşımı, ürün ve perakendecilik hizmeti arasında benzerlik bulunmaması yönünde olduğu için, ürün sınıfındaki kullanımı, sonraki mağazacılık sınıfındaki kullanımı engelleme açısından yeterli bulmamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 461/2013 no.lu ve 21.01.2015 tarihli "Zoo Sport" kararında da 25.sınıftaki kullanımın, mağazacılık sınıfındaki kullanım olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁸⁷. Davaya konu olayda, Zoo Sport marka başvurusu 8.7.2010 tarihinde WIPO resmi gazetesinde yayınlanmış olup, 18, 25 ve 35.sınıflardaki mal/hizmetler için tescil talep edilmiştir. 29 Ekim 2010 tarihinde ise Zoot Sport markasının sahibi 25, 35, 36 ve 41.sınıflarda tescil edilmiş markasına dayanarak Zoo Sport markasının tesciline itiraz etmiştir. Marka tescili için başvuran kişi, Zoot Sport markasının kullanılmadığını ileri sürerek itirazda bulunmuştur. Mahkeme, markanın kullanılmış sayılması için, markanın (1) ayırt edici özelliklerine zarar verilmeksizin kullanılmasının gerektiğini⁸⁸, (2) tescil edildiği mal/hizmetlerle ilgili olarak kullanılması gerektiğini, (3) markanın kullanımına 5 yıllık bir ara vermemiş olması gerektiğini ve (4) kullanımın, markanın tescil edildiği ülkede gerçekleştirilmiş olması gerektiğini belirtmiştir (gerekçe no. 4 ve 5). Mahkeme yapmış olduğu incelemede, markanın 25. sınıftaki giysi ve ayakkabı ürünleri için kullanıldığı, ancak 35.sınıftaki hizmetler bakımından (mağazacılık hizmeti) kullanımın gerçekleşmediğini belirtmiştir. Özellikle perakendecilik hizmetindeki kullanımı inceleyen Mahkeme, ürün satışının 25.sınıftaki kullanımın varlığı için yeterli olduğu, ancak perakendecilik sınıfındaki kullanım için yeterli olmadığını belirtmiştir (gerekçe no. 5.4.1.). Ürün satışına ilişkin, fatura, fiyat listesi gibi araçlar, satış hizmetinin sunulduğuna delil olarak kabul edilmemiştir.

Yargıtay kararlarına baktığımızda da, itiraz hakkının sadece fiilen mağazacılık alanında kullanılan markalar için söz konusu olabileceğini, markanın kullanıldığının ispatlanamaması durumunda, itirazın göz önünde bulundurulmayacağına hükmettiğini görüyoruz.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, perakendecilik sınıfındaki önceki tescilli markanın itiraza temel teşkil edebilmesi için, fiilen kullanılması ge-

⁸⁷ <https://swisslex.ch/Doc/ShowDocView/76ef2800-74f5-4c16-b1dc-0768ee208f47?hitPos=16&tryHighlight=True&source=hitlist-search&SP=5144euqm#firstSearchTerm>.

⁸⁸ Ancak mahkeme, ayırt edici olmayan ve cins belirten kısmın kullanılmaması durumunda dahi markanın ayırt edici unsurları ile kullanıldığını kabul etmiştir. Bu konuda bkz, karar gerekçesi no. 5.3.1.2.

rekir. Bu konuda emsal teşkil edebilecek Yarg. 11. HD'nin E. 2015/12715, K. 2017/1112, T. 27.2.2017 tarihli kararına göre⁸⁹;

“Bu bakımdan, Dairemizin 10.10.2013 T 18919/18046 Sayılı kararında açıklandığı üzere, davalının 30/07. sınıf hizmetlerle ilgili önceki tarihte tescilli olan markasının 556 Sayılı KHK 8/1-b bendi uyarınca davacının aynı sınıftaki hizmetleri kapsamına giren malların sınırlı olarak belirtilen marka başvurusuna tescil engeli oluşturulabilmesi için; *davalının bizzat ticari faaliyetleri kapsamında davaya konu başvuruda belirtilen malları da kapsayacak şekilde tescilli markasını kullandığını ya da bu kapsamda ciddi girişimlerde bulunduğunu kanıtlaması gereklidir.* Çünkü, mülga 556 Sayılı KHK 8/1-b bendi uyarınca iltibas tehlikesinin belirlenmesinde asıl olan işaretlerin halk tarafından karıştırılmasıdır. *Tebliğin 35/07. alt grubundaki genel nitelikteki perakende satış (mağazacılık) hizmetleri için tescilli bir markanın koruma kapsamının “çoğun içinde az da vardır” görüşüyle ticari alandaki tüm sektörler tarafından satışa arz edilen malları kapsayacak şekilde geniş belirlenmesi, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetler bakımından korunması ilkesine uygun düşmeyeceği gibi, benzer işaretler altında ancak farklı sektörlerde satışa arz edilecek mallar bakımından iltibas tehlikesine yol açacağı düşüncesi de kabul edilemez.”*

⁸⁹ Aynı yöndeki Yarg. 11. HD'nin E. 2015/8504, K. 2016/3492, T. 30.3.2016 tarihli kararına göre, “Dava, davacı marka başvurusunun reddine dair ... kararının iptali istemine dair olup, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, davacı tarafça marka başvurusunda 35. sınıf “Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri” kapsamında hangi ürünlerin iş yerinde satış hizmetine sunulacağı belirtilmiş bulunmaktadır. Oysa, davacı marka başvurusuna itiraz eden davalı şirkete ait “...” ibareli marka genel olarak “Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri” için tescillidir. Dairemizin 19.4.2010 tarih, 2010/2036 Esas, 2010/4235 Sayılı kararında da açıklandığı üzere, esasen genel olarak perakendecilik hizmetleri niteliğindeki bu tür hizmetler bakımından marka sahibinin hizmetin hangi tür ticaret alanında mal ve/veya mallar için kullanılacağını belirtmesi gerekmektedir. Davalı şirkete ait marka ise, genel olarak perakendecilik hizmetlerini içermekte olup, belirli sektör ya da gruplardaki ürünler sınırlandırılmamıştır. Bu itibarla, uyumsuzluk konusu işaretlerin benzerliğine karşın davacı başvurusunda 35. sınıf hizmetlerin kapsamında ticarete konu edilecek malların teker teker sayılması nedeniyle, başvuruya itiraz eden davalı şirketten söz konusu 35. sınıf hizmetler kapsamında başvuruda sayılan malların satış hizmetlerinin de verildiği hususunda varsa delillerinin ibrazı istenmek ve buna göre şayet davalının “...” markası ile 35. sınıf mağazacılık hizmetleri altında davacı marka başvurusunda yer alan ürünleri kapsayan ticareti bulunduğu takdirde bu ürünler yönünden ... kararının iptaline karar vermek gerekirken, anılan husus nazara alınmaksızın, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirilmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

Yarg. 11. HD'nin E. 2015/4463, K. 2015/11255, T. 28.10.2015 tarihli kararına göre⁹⁰;

“Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davacının 35.06 (35.08) sınıf hizmetler yönünden önceden tescilli “T.” asıl unsurlu markalarını 21. sınıf malların yer aldığı sektörde ciddi suretle kullandığının da kanıtlanamamış olmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.”

Karardan anlaşıldığı üzere, mağazacılık sınıfındaki markanın hak sağlayabilmesi için, fiilen kullanılması gerekir.

Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında, perakendecilik sınıfındaki genel tescilin önceki tarihli tescil olması durumunda, sonraki özelleştirilmiş perakendecilik hizmeti tescili bakımından “öncelikli” olarak kabul edildiği ve fiilen kullanılıp kullanılmadığının incelenmediği görülmektedir. Yarg. 11. HD'nin, E. 2015/9235, K. 2016/3757, T. 6.4.2016 tarihli kararına göre⁹¹;

“Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; taraf markalarında baskın unsur olan ibaresi sebebiyle KHK 8/1-b anlamında benzerlik bulunduğu, ancak davalının daha eski tarihli 2002/2766 Sayılı “.....” ibareli markasının mevcut olduğu, işbu markanın tescil kapsamının 35.08 alt gruptaki mağazacılığı genel olarak kapsadığı, davalının 2012 yılında ise davaya konu “.....” markası ile 24. sınıf mallar yönünden mağazacılık hizmetlerini talep ettiği, dolayısıyla önceki marka tescilinin başvuruadaki 35.06 sınıf yönünden kazanılmış hak teşkil edeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.”

Bu son karardaki tespitin doğru olmadığı ve fiilen markanın kullanımına bakılmaksızın, perakendecilik sınıfındaki genel bir tescilin, sonraki özel tescil kapsamına göre öncelikli olarak kabul edilmemesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Yargıtay'ın müstakar görüşü bu yönde olmayıp, bu yöndeki kararları azdır.

4. Ürün Sınıfındaki Tescil Mağazacılık Sınıfı (35.05 Sınıfı) Bakımından Kazanılmış Hak Vermez

Önceki ürün markası sahibinin haklarının incelenmesi gerekir. Önceki ürün markası sahibi, bu ürün markasına dayanarak, sonraki mağazacılık

⁹⁰ www.kazanci.com.tr

⁹¹ www.kazanci.com.tr.

sınıfındaki tescile itiraz edip bu tescili engelleyebilir. Ancak önceki marka sahibinin hakkı sınırsız değildir. İki temel sınır bulunmaktadır: markaların ve ürün/hizmetlerin benzer olması ve öncelik hakkı sahibinin bu hakkını kabul edilebilir bir süre içinde kullanmasıdır. Eğer önceki ürün markası sahibi SMK'nın kendisine tanıdığı itiraz/hükümsüzlük hakkını süresinde kullanmazsa, sonradan markasını mağazacılık sınıfında tescil ettiren kişi markası üzerinde bir hak kazanır ve önceki marka sahibinin öncelik hakkı sona erer. Burada artık markasını 35.05 sınıfında tescil ettiren kişinin öncelik hakkından bahsedilir. Ürün markasına dayanarak itirazın kabulü otomatik olarak gerçekleşmez, zira karıştırılma ihtimalinin varlığı aranmaktadır. Eğer ürün markası sahibi bu markasına dayanarak sonraki mağazacılık sınıfındaki tescile itiraz etmemişse, artık marka hukukundaki tescil ilkesi ve öncelik ilkesine göre, mağazacılık sınıfında markayı tescil ettiren kişinin bu sınıftaki marka üzerinde tek hak doğar.

Ürün markası alan kişiler ürünlerini mutlaka kendi açtıkları mağazalarda satmak zorunda değildirler. Ürünleri başkalarının açmış oldukları ve satış hizmeti veren mağazalarda da satılabilir. Üçüncü kişiler de 35.sınıfta aynı markayı perakendecilik hizmetlerinde kullanılmak üzere tescil ettirmiş olabilirler. Bu durumda ürün markasını tescil ettiren bir kişinin mağaza açması, marka hukukunda geçerli olan öncelik ilkesine ve markanın ayırt etme fonksiyonuna göre mümkün değildir⁹². Bir kişinin ürün markasını perakende hizmetinde kullanması, ancak başkasının bu perakendecilik hizmetinde marka tescili veya eski kullanımı yoksa mümkündür. Mağazacılık sınıfındaki tescil, mağazacılık hizmeti sunan kişinin kimliğine işaret etmektedir; ürün sınıfındaki tescil ürünleri sunan kişinin kimliğine işaret etmektedir. Tescil ve kullanım sonucunda aynı marka için farklı ürün/hizmet kimlikleri oluşmuşsa, artık ürün sınıfındaki üreticinin kendi markası ile mağaza açması, mağazacılık hizmetlerini sunan kişilerin karıştırılmasına yol açar. Tüketiciler, mağazacılık hizmetinin, mağazacılık hizmetinde ilk olarak faaliyette bulunan kişi tarafından sunulduğunu düşünebilir. Ürünler için markasını tescil ettiren kişinin koruma kapsamı, bu ürünlerle sınırlıdır.

Her ne kadar ürün markası sahibi, mağaza markası sahibi kabul edilmese de, ürün markasına dayanarak, sonradan üçüncü kişilerin aynı/benzer

⁹² Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ürün markası tescili, bu marka ile mağaza açma hakkını içermez.

marka ile mağaza açmalarını veya mağazacılık için tescil ettirmelerini engelleyebilir. Bu engelleme hakkı, ürün markası sahibine tanınmış bir hak olup, SMK md. 6/1'e göre benzerlik tespitine göre yapılmaktadır. Tescilli ürün markası hakkının güçlü bir hak olması ve benzer mal/hizmetler açısından engelleme hakkı tanınması, üçüncü kişilerin hukuka uygun olarak oluşan haklarına rağmen markanın tescilli olmayan hizmetler için kullanma ve tescil etme hakkı vermez.

Marka hukukundaki temel ilkelerinden olan tescilde öncelik ilkesi ve kullanımda öncelik ilkesi göz önünde bulundurulduğunda Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında, önceki hakka göre karar verildiği görülmektedir. Ürün markası tescili, otomatik olarak mağazacılık alanında faaliyette bulunma hakkı vermemektedir. Hak sahibinin belirlenmesinde, Marka hukukunun temel ilkeleri göz önünde bulundurulmaktadır.

Yarg. 11. HD'nin E. 2016/4032 K. 2017/6119 T. 13.11.2017 tarihli kararı ile ürün sınıfındaki tescillerin mağazacılık sınıfı bakımından kazanılmış hak vermediğini ortaya koymaktadır⁹³. Davaya konu olayda davacı 25. sınıfta "FLOWER" markası ile faaliyet gösterirken aynı markayı 35.6 sınıfta da tescil ettirmek için TPE'ye başvurmuştur. Anılan başvuruya aynı/ayırt edilemeyecek kadar benzer tescilli marka sahibi itiraz etmiştir. İtiraz sahibinin temizlik ve kozmetik ürünleri alanında 1, 3 ve 35. sınıfta "Flower" markası ile tescilleri bulunmaktadır. Davacı, markasının 35.6. sınıfta tescili ile itiraz sahibi davalının markasının da 35. sınıf açısından hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir. Yargıtay tarafından da onanan Mahkeme kararında,

- **"Davacı markasının KHK'nin 8/3 maddesi uyarınca "ayak giysileri, ayakkabılar, çizmeler, botlar, terlikler, patikler ve bunların parçaları, spor ayakkabıları ve bunların çivileri, ayakkabı parçaları yani pençeler, topuklar, konçlar, sayalar" bakımından eskiye dayalı kullanımının bulunduğu, 35/06 grup yönünden önceye dayalı bir hakkının bulunmadığı,**

- **Davacının önceki tescil kapsamında bulunmayan hizmet sınıfı yönünden müktesep hak oluşturmayacağı,**

- **8/3 yönünden öncelik hakkının da ticari sınıfta emtialarla ilgili olduğu ve hizmet sınıfında (35/06 grupta) öncelik hakkının olduğuna dair delilin de bulunmadığı,**

⁹³ www.kazanci.com.tr.

Taraf markalarının çekişmeli malları aynı tür malları kapsadığından markalar arasında 7/1-b maddesi anlamında iltibas olduğu, davalı tarafın “FLOWER” ibareli markasının 556 sayılı KHK’nın 8/4 maddesi gereği tanınmış marka olduğu iddiasının ispat olunamadığı gerekçesiyle hükümsüzlük talebi ile YİDK kararının iptaline dair taleplerin ayrı ayrı reddine karar verilmiştir.”

E. KATALOGLARIN ÜRÜN KULLANIMI VEYA PERAKENDECİLİK HİZMETİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Perakendecilik hizmetinin söz konusu olabilmesi için “müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alınması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri”nin söz konusu olması gerekir. Sadece malların bir araya getirilmesi ve sunulması yeterli olmayıp, ayrıca satışın gerçekleşmesi için gerekli araçlar da mevcut olmalıdır. Bu çerçevede, ürün kataloğunun bulunması veya ürünlerin reklamlarının yapılması, perakendecilik hizmeti için yeterli değildir. Ürün kullanımı için yeterli kabul edilebilecek bu kullanım ve tanıtım şekilleri, perakendecilik hizmeti için tek başına yeterli değildir. Gerekli araçların da sunulması gerekir⁹⁴. Satışın gerçekleşmesi için gerekli imkanlar sunulmamışsa, elverişli şekilde “görme ve satın alma” şartları gerçekleşmemiştir. Sadece görme ile ilgili kısmın yerine getirilmiş olması, yapılan hizmetin perakendecilik olduğu anlamına gelmez. Perakendecilik hizmeti sadece mağaza, dükkan gibi maddi ortamda gerçekleşmez, ayrıca internet mağazacılığı, TV satışları gibi yöntemlerle de perakendecilik hizmeti sunulabilir⁹⁵. Önemli olan husus, görmenin yanında, satın alma için gerekli altyapının sağlanmış olmasıdır.

Bu noktada, katalogların neye delalet ettiğine bakmak gerekir. Eğer kataloglar, posta yolu ile satış ve gönderimi içerecek bir imkan sağlamaktaysa;

⁹⁴ ÜNSAL’ın belirttiği gibi, “Satışa sunumu sağlayan araç, TV üzerinden satışta uzaktan kumandayı kullanarak veya telefonla alım yapma, internet üzerinden satışta, ürünleri sitede gördükten sonra alışveriş sepetine ekleyerek, sonra kredi kartıyla ödeme yaparak alım, katalog üzerinden alımda telefonla satış ve telefon üzerinden kredi kartı numarası vererek ödeme veya bunlara benzer diğer ödeme yöntemleri olabilir”. Bu konuda bkz; Önder Erol ÜNSAL, “‘Perakendecilik Hizmetleri’ Nedir? Marka Tescilinde Somut Karşılığı Ne Şekilde Ortaya Çıkar?” (Anılış: Perakendecilik Hizmeti Nedir?), 9 Haziran 2015, <https://iprgezgini.org/2015/06/09/perakendecilik-hizmetleri-nedir-marka-tescilinde-somut-karsiligi-ne-sekilde-ortaya-cikar/>

⁹⁵ ÜNSAL, Perakendecilik Hizmetler Nelerdir?, <https://iprgezgini.org/2015/06/09/perakendecilik-hizmetleri-nedir-marka-tescilinde-somut-karsiligi-ne-sekilde-ortaya-cikar/>

bir diğer ifade ile, genel kurala uygun olarak ürünlerin elverişli bir şekilde görülmesi ve alınması için gerekli imkanları fiilen sağlıyorsa, perakendecilik hizmetinin meydana getirildiğine delalet eder. Eğer katalog, ürünleri ve fiyatları göstermenin yanında, katalog üzerinden sipariş imkanı veriyorsa, o halde sipariş/satış kataloğu söz konusu olur ve perakendecilik hizmetinden bahsedilebilir. Ancak katalog sadece ürünleri gösteriyorsa, fiyat listesi bulunsa dahi, satışı katalog üzerinden gerçekleştirmek için gerekli bilgi yoksa, artık perakendecilik hizmetine hizmet eden bir kullanımdan ziyade, markanın ürünlere bağlı olarak kullanımını gösteren bir kullanım söz konusudur. Sipariş kataloğu 35.05 perakendecilik sınıfındaki tanımda da yer aldığı üzere satış/sipariş kataloğudur (mail order catalogue). Her katalog satış kataloğu değildir. Avon ve Oriflame gibi kataloglarda sadece ürün ve fiyat bilgisi yer almamakta, ayrıca anında sipariş de verilebilmektedir.

TPMK tarafından yayınlanan “Marka Yayına İtiraz Süreçleri Kapsamında Kullanım İspatı Talebine ve İnceleme Esaslarına İlişkin İnceleme Kılavuzunda”, katalogların, fiyat listelerinin ve ürün koduna ilişkin açıklamaların, emtiaya ilişkin olduğu belirtilmiştir. Kataloğun satış kataloğu olarak kabul edilmesi için, sadece ürünlerin sergilenmesi yeterli değildir. Ürünün ve fiyat bilgisinin yer aldığı kataloglar, TPMK’nın kılavuzunda da belirtildiği gibi, emtianın kullanımına ilişkindir.

Satış/sipariş katalogların nasıl oldukları hakkında ABAD’ın vermiş olduğu 10.07.2010 tarihli, T-30/09 no.lu Peter Storm kararı yol gösterici olabilir. Her ne kadar bu karar, markanın ürünlerle ilgili olarak kullanılıp kullanılmadığını irdeleyen bir karar olsa da, dosyada delil olarak sunulan sipariş kataloğu tanımlanmıştır. Kataloğun Peter Storm markasını taşıdığı belirtildikten sonra, *her ürünün yanında ürün kodu ve fiyatın bulunduğu ve sipariş verilebilmesi için sipariş formu, telefon numarası, fax numarası, posta adresi ve internet sitesi adresinin verildiği, siparişin verilebilmesi için ayrıntılı bilginin verildiği, ayrıca değişim ve iade koşullarının da katalogda yer aldığı belirtilmiştir (gerekçe no. 39)⁹⁶.*

Bir ürünün kullanımının ispatı için bu markanın ambalaj, etiket, fiyat listesi, katalog, fatura, reklam ve tanıtımlarda yer alması gerekir⁹⁷. Burada

⁹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009TJ0030&rid=3>.

⁹⁷ Bu konuda bkz., ABAD tarafından verilen 08.05.2017 tarihli ve T-680/15 no.lu

adı geçen katalog, tanıtım kataloğudur. Sadece ürünlerin ve bazen hem ürün, hep fiyatların yer aldığı katalogdur. Tıpkı tanıtım kataloglarında olduğu gibi, fiyat listeleri de ürünün kullanıldığına ilişkin göstergedir. Ayrıca katalog, fiyat listesi gibi araçların, markanın ürünle bağlantılı olarak kullanıldığının kabulü için, gerçek bir arz teşkil etmesi gerekir.

Kataloglarla ilgili olarak ATAD tarafından verilen 12.12.2002 tarihli ve T-39/01 no.lu HIWATT kararında Mahkeme, bir ülkede sadece katalogların bulunması durumunu “ciddi kullanım” olarak kabul etmemiştir⁹⁸. Mahkemeye göre, bir markanın kullanımının gerçek kullanım olarak kabul edilebilmesi için, markalı malın satışa sunulması gerekir. Dava konusu olayda, HIWATT markasının tesciline itiraz eden önceki HIWATT markası sahibi, markasının kullanımını ispatlayabilmek için, Almanya’daki Frankfurt fuarında dağıtılan ürün kataloğunu delil olarak göstermiştir. Mahkeme, katalogların İngilizce yazılı olmasını ve adres olarak ABD’deki bir adresin gösterilmesini, ürünlerin Almanya’da satıldığını göstermediğini, katalogun sadece HIWATT markalı ürünlerin varlığını gösterdiğini belirterek, bu katalogun, ürün markasının ciddi kullanımı için delil olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Tek başına katalogların varlığı, şirketin pazara girme niyetini gösterdiğini, ara sıra yapılan satışların da sürekli ve ciddi kullanım olarak algılanamayacağını belirtmiştir (gerekçe no.36, 37, 39, 43). Sonraki tarihli kararlarında da ABAD (14.12.2011 tarihli ve T-504/09 no.lu Völkl kararı), sadece katalogların varlığının, markanın kullanımına tek başına delalet edemeyeceğini, buna faturaların da ilave edilmesi gerektiğini belirttiikten sonra, yapılan değerlendirmede faturaların kataloglarla birlikte değerlendirilmesi durumunda dahi gerçek kullanımın bulunmadığına işaret etmiştir (gerekçe no. 109, 113)⁹⁹. ABAD 2012 tarihli bir kararında da katalogların, ancak yapılan satışlarla birlikte ele alındığında ürünün ciddi kullanımına delalet edeceğini belirtmiştir¹⁰⁰. Bu son kararda da, katalogların tek başına ürünlerin kullanım ciddiyeti hakkında dahi bilgi vermekten uzak olduğunu belirtmiştir (gerekçe no. 31, 32, 36). İsviçre kararlarına baktığımızda da, ürün broşürü kullanımının da tek başına ürünün ciddi

L’Eclairer kararı, para.29. Bkz, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015TJ0680>

⁹⁸ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47612&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=272821>.

⁹⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009TJ0504&rid=6>.

¹⁰⁰ Bu konuda ayrıca bkz, 28.03.2012 tarihli ve T-214/08 no.lu kararı. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008TJ0214&rid=5>.

kullanımı olarak kabul edilmeyeceği görülmektedir¹⁰¹. Ciddi kullanımın kabul edilebilmesi için, satışların süreklilik göstermesi, katalogların sürekli olarak güncellenmesi veya dağıtım anlaşmaların yapılması gerekir. Üstelik bu bahsedilen karar, perakendecilik hizmeti için değil, ürünün ciddi kullanımına ilişkin bir karardır. Başka bir kararda da belirtildiği gibi, bir kataloğun varlığı tek başına kullanıma delalet etmez, önemli olan kataloğun sunulması ile beraber, bu kataloğa uygun olarak satışların da yapılmasıdır¹⁰².

Görüldüğü üzere, markaların kataloglardaki kullanımı her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Satış/sipariş kataloğu markanın perakendecilik hizmetinde kullanıldığına delalet ederken, sadece tanıtım katalogları ancak markanın ürünle ilgili olarak kullanıldığına delalet eder. Ayrıca yukarıdaki HIWATT kararında da belirtildiği gibi, sadece katalog ürün açısından dahi tek başına ciddi kullanımı ispatlamaya yetmez. Bir ürünün katalogda yer alması, kataloğun sipariş kataloğu olduğu anlamına gelmez. Her halükarda, sadece katalogların varlığı, markaların kullanıldığına delalet etmez (üründe veya hizmette). Bu kataloglara ilaveten, satışların yapıldığı da ispat edilmelidir. Özellikle bir sipariş kataloğunun varlığı, yukarıda verilen kararlar ışığında tek başına perakendecilik hizmetinin gerçekleştirildiğini göstermez. Ayrıca bu kataloglara dayanılarak gerçekten satışların yapıldığının da ispatlanması gerekir. Zira kararlarda da belirtildiği üzere, bu katalogların ne yaygınlıkta dağıtıldığı ve kitlelere nasıl ulaştığı sadece kataloglardan anlaşılamaz. Bir kataloğa dayanan kişi, bu kataloğun gerçek anlamda satış hizmeti için kullanıldığını da ispatlaması gerekir. Bunu da satışlarla (faturalarla) desteklemesi gerekir¹⁰³.

Nitekim, 18.05.2017 tarihli ve 2017/1430 no.lu Yetki Devrine Dayanan Komisyon Tüzüğü¹⁰⁴ md. 10'da kullanımın ispatına ilişkin kurallar bulun-

¹⁰¹ “Genesys (fig.) / Genesis (fig.)”. Eidgenössische Rekurskommission für geistiges Eigentum vom 20. November 2001 Gutheissung der Beschwerde; Akten- Nr. MA-WI 48/00, Sic! 2002, S.106, s. 106-107.

¹⁰² “Heidi/Heidi-Wii”. Eidgenössische Rekurskommission für geistiges Eigentum vom 15. Mai 2000 Abweisung der Beschwerde im Widerspruchsverfahren; Akten-Nr. MA-WI 52/00, Sic! 2001, S.426, s. 426-428.

¹⁰³ Yapılan satışların çok büyük olması beklenmez. Her ürün, satış potansiyeli ve fiyatı satışın ciddi kullanıma delalet edip etmediğine işaret eder. Ayrıca bir markanın Pazara girmesi zamanında satışlar düşük olsa dahi, zamanla bu satışlar gelişebilir. Bu konuda bkz, “Heidi/Heidi-Wii” kararı, para. 3.2.

¹⁰⁴ Commission Delegated Regulation (Eu) 2017/1430. Bu tercüme AB Bakanlığı AB Mevzuatı Çeviri Rehberinden alınmıştır, s. 7, 18, bkz, http://www.yok.gov.tr/documents/10279/30380731/ab_mevzuati_ceviri_rehberi.pdf/.

maktadır. Bu maddenin 3. fıkrasına göre, kullanıma ilişkin deliller, kullanımın kapsamı, zamanı, yeri ve niteliği hakkında bilgi verecek yeterlilikte olmalıdır. Sadece bir katalogun veya başkaca bir verinin bulunması, tek başına kullanımı haklı göstermek için yeterli değildir.

İsviçre doktrin ve içtihatlarında, bir markanın prospektüsü, katalog, fiyat listesi, fatura üzerinde bulunması, markanın ayırt etme fonksiyonu ile kullanımı olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵. 2015 yılında verilen “Zoo Sport” kararında, fiyat listesi, katalog, fatura, reklam araçlarının doğrudan 25.sınıftaki malların kullanımına ilişkin olduğunu, hizmetlerin sunumuna ilişkin olmadığını ve 35.sınıftaki kullanımın bu şekilde ispat edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁶.

İngiltere Patent Ofisinin verdiği bir kararda, katalog üzerinden bir satışın söz konusu olduğu durumlarda, katalog, satış noktası referansı olarak rol oynamakta ve katalogda belirtilen telefona telefon edildiğinde, satış için gerekli işlemler başlatılış olmaktadır¹⁰⁷. Benzer şekilde, katalog doğrudan bir satış temsilcisi tarafından getiriliyorsa, sipariş doğrudan bu satış temsilcisine verilmektedir. Kataloglar üzerinden gerçekleşen satışlarda, satılan ürünler genelde müşteriye gönderilmektedir. Zira, fiziki mağaza merkezli olmamasının anlamı budur. Fiziki mağaza merkezli satışlarla müşteriler malları gittikleri mağazadan alırken, fiziki mağaza merkezli olmayan satışlarda ürünler müşterilere gönderilmektedir.

Katalogların nitelikleri ve delalet ettikleri husus değerlendirilirken dikkatli olmakta fayda vardır. Katalog sadece ürün ve fiyat bilgisi vermekteyse, bu katalog sadece ürün kataloğu olarak kabul edilmelidir. Şirket adresinin bulunması da bu kataloğu perakendecilik hizmeti kataloğu haline sokmaz. Zira sipariş kataloğunun söz konusu olması için ürün ve fiyat bilgisi dışında, ürünün katalog üzerinden sipariş edilmesi hakkında bilgiler içermelidir (ABAD kararlarına göre iade şartları hakkında bilgi de yer almalıdır).

¹⁰⁵ İsviçre Federal Mahkemesi’nin 13.09.2017 ve B-5226/2015 no.lu “Estrella Galicia” kararı, gerekçe no. 2.4.1.5; Federal Mahkemenin B-6637/2014 no.lu ve 10.10. 2016 tarihli karar, no. 5.1 “sensationail / Sensationail”; Federal Mahkeme’nin B-2678/2012 no.lu ve 07.03.2013 tarihli “OMIX/ONYX Pharmaceuticals” kararı, gerekçe no. 3.1; **Cherpillod**, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, s. 68 vd., s. 189 vd.

¹⁰⁶ İsviçre Federal Mahkemesinin 21.01.2015 tarih ve 461/2013 no.lu kararın, no. 5.4.1, no.5.4.2, no.5.5 no.lu gerekçeleri. Karar için bkz, <https://swisslex.ch/Doc/ShowDocView/76ef2800-74f5-4c16-b1dc-0768ee208f47?hitPos=16&tryHighlight=True&source=hitlist-search&SP=5144euqm#firstSearchTerm>.

¹⁰⁷ <https://www.ipo.gov.uk/t-challenge-decision-results/o00211.pdf>, s. 5.

F. ALIŞ VERİŞ MERKEZİ (AVM) İSİMLERİNİN 35.08'İNCİ SINIFTA DEĞERLENDİRİLMESİ

Alışveriş merkezleri isimlerinin, 35.05.sınıfında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalara yol açmaktadır. Alışveriş merkezlerine bakıldığında, konsept olarak birçok mağazayı bir araya getiren ve tüketicilerin birden fazla seçenekle karşı karşıya kaldığı bir ortam yaratılmaktadır. Bu konuda doktrindeki bir görüş, alışveriş merkezlerinin alışveriş merkezindeki marka adı altında müşterilere doğrudan herhangi bir mal/hizmet sunmadıkları, sadece alışveriş merkezinin sorunsuz bir şekilde işlemesi için çeşitli hizmetleri gerçekleştirdikleri, bu hizmetlerin perakendecilik hizmetinden ziyade “gayri menkul idaresi” hizmeti olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, alışveriş merkezlerinin verdikleri hizmetler 35.05 sınıftaki perakendecilik hizmeti olmayıp, Nice sınıflandırmasının 36.sınıfında yer alan 36.sınıftaki “gayrimenkul komisyonculuğu, müşavirliği ve idaresi hizmetleridir”¹⁰⁸. Bu görüş doğrultusunda, farklı sınıflarda yer alsalar dahi perakendecilik hizmetleri ve AVM’lerin sundukları hizmetler, malların türüne göre benzerlik ve karıştırılma ihtimali söz konusu olabilir¹⁰⁹.

Praktiker kararının 34. paragrafında, perakende ticaretinin amacı malların tüketicilere satışdır. Bu ticaret, olağan satış sözleşmelerine ilaveten, tüketici ile böyle bir sözleşmenin yapılması için gerekli bütün faaliyetlerin satıcı tarafından yapılmasını içermektedir. Bu faaliyet, satışa sunulacak ürünlerin seçilmesi ve tüketicinin satın alma işlemini başka bir rakip yerine bu tacirle yapılması için gerekli hizmetlerin yerine getirmesini içermektedir. Bu karardaki verilerden yola çıkılarak, alışveriş merkezlerinin perakendecilik sınıfında yer alıp almadığı tartışma konusu olmuştur. Ancak ABAD’ın değişik kararlarında, fikrimizce de haklı olarak Praktiker kararındaki bu belirlemenin sınırlayıcı olarak kabul edilemeyeceği ve bu kararlardaki tespitin, Alman Federal Patent Mahkemesi’nin ön karar için yaptığı kısıtlı başvuru çevresinde sorulan sorulara ilişkin olarak verildiği belirtilmiştir (ABAD’ın 26 Haziran 2014 tarihli ve T-372/11 nolu kararı¹¹⁰, parag-

¹⁰⁸ PASLI/SOYKAN, Marka Tescilinde 35.08.Sınıfın Anlamı ve Kapsamı, s. 463-466.

¹⁰⁹ PASLI/SOYKAN, Marka Tescilinde 35.08.Sınıfın Anlamı ve Kapsamı, s. 466-470.

¹¹⁰ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de31a66af54d484dc6a50fc26459de72e7.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb34Qe0?text=&docid=154161&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=700315>.

raf no. 54,55; 6 Aralık 2017 tarihli ve T-123/16 no.lu Burlington kararı¹¹¹, paragraf 30-32).

Burlington Arcade kararında, AVM isim markalarının sadece kira ve gayrimenkul yönetimine ilişkin hizmet verdikleri ve bu hizmetlerin muhataplarının sadece bu AVM'deki mağazaları kiralamakla ilgilenen kişiler oldukları yönündeki iddiaların gerçek dışı oldukları belirtilmiştir. Çeşitli hizmetler ibaresi, tüketicilerin AVM'ye olan ilgisinin azalmaması ve bu gibi AVM'lerin çekiciliğinin ve sağlanan pratik faydanın artmasının devam etmesi için gerekli hizmetlerin bir araya getirilmesini içerdiğini ve bunun da 35.sınıftaki tanıma uygun olduğu belirtilmiştir¹¹². Tüketicilerin, istedikleri ürünleri, birden fazla mağazanın bulunduğu AVM'den satın almasını sağlamak için, başka AVM'lere gidip ihtiyaçlarını orada karşılamak yerine, söz konusu AVM'den karşılamaları için hizmetlerin sunulması olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, Praktiker kararındaki genel tanıma bakıldığında (Praktiker kararı, paragraf 34'deki tanım), 35.sınıftaki perakendecilik hizmeti, aynı zamanda AVM'lerin sunmuş olduğu hizmetleri de içermektedir (Burlington kararı, no 33-35).

Fikrimizce, güncel gelişmeler karşısında, alışveriş merkezlerinin isimleri 35.05 sınıftaki mağazacılık hizmeti markası olarak kabul edilmelidir.

SONUÇ

Ürün sınıfı ile perakendecilik sınıfı arasındaki ilişkiler uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Ancak yaşanan gelişmeler, bunlar arasındaki sorunun çözümüne hizmet etmiştir. Ürün markasının sahibi, haklarına dayanarak ürünleri satışa sunabilir, bunun için showroom açabilir, ürünleri doğrudan mal ticareti ile uğraşan kişilere satabilir veya kendisi bir mağaza açmak suretiyle ürünlerin satışını sağlayabilir. Bütün bu fillerde satış hizmeti bulunmakla beraber, nitelikleri itibariyle farklı sonuçlara yol açmaktadır. Ürün markası sahibinin ürününü satma hakkı elinde alınamaz ve ürün markası sahibi kendi ürünlerini satmak için mağaza da açabilir. Ancak ürünün mağazalarda

¹¹¹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-123/16>

¹¹² 06.12.2017 tarihli ve T-122/16 no.lu karar için bkz, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd4c29871295724321ad8df36c7fbd0c88.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbzx0?text=&docid=197486&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=167953>

satılması durumunda, artık sadece satıştan bahsedilmemektedir, Nice sınıflandırmasındaki perakendecilik hizmetinden bahsedilmektedir. Zira satışın yanında, malların elverişli bir şekilde görülmesi için bir araya getirilmesi hizmetleri ve satışı çevreleyen diğer hizmetler de bulunmaktadır. Bu çerçevede, ürün satışı, perakendecilik hizmeti değildir. Bu iki fiil, farklı sınıflarda tescilli markalara tanınan haklara ilişkindir. Ürünün satışı, ürün markasının tescili sonucunda marka sahibinin haiz olduğu bir haktır. Perakendecilik hizmeti ise, mağazada satılan ürünlerin türünden bağımsız bir hizmettir.

Perakendeciliğin meydana geldiği yer olarak karşımıza en sık fiziki mağazalar ve sanal mağazalar çıkmaktadır. Bunların yanında, ayrıca kataloglar üzerinden de perakendecilik hizmetlerinin verilebileceği kabul edilmekle beraber, teknolojinin gelişmesiyle, katalog üzerinde gerçekleşen perakendecilik hizmetinden ziyade sanal mağazalar üzerinden gerçekleşen perakendecilik hizmeti tercih edilmektedir. Ürün markaları genelde ürünlerin üzerine konulurken, perakendecilik hizmeti markası, fiziki mağazada mağazanın tabelasına, sanal mağazada alan adına, katalog üzerinden yapılan perakendecilik hizmetlerinde de katalogun üzerine konulmaktadır. Bu noktada, her katalogun perakendecilik hizmetinin gerçekleştiği katalog olmadığını belirtmekte fayda var. Genelde kataloglar, ürün katalogu olup, ürün markasının kullanımına ilişkin olarak kabul edilirler. Satış katalogunun söz konusu olabilmesi için, perakendecilik hizmetinin genel tanımına sadık kalarak, katalogda yer alan bilgilerin, satışı gerçekleştirmek için yeterli araçları içermesi gerektiğini belirtmek gerekir.

Perakendecilik hizmetinin söz konusu olması için, mağazada satılacak ürünlerin farklı markalı ürünler olması gerekmez. Ürün markası sahibi, sırf kendi markalı ürününü satmak için mağaza açarsa da perakendecilik alanında faaliyettedir.

Ürün markası ile perakendecilik markası arasındaki itiraz prosedürü ve tecavüz davası ile ilgili işlemler, marka hukukunun genel kurallarına bağlı kalınarak, öncelik ilkesi, tescil ilkesi ve belirlilik ilkesi çerçevesinde ele alınmalıdır. Unutulmaması gereken bir diğer husus da, tescilli marka sahibinin, markanın tanıdığı itiraz gibi, tecavüz suçlaması gibi haklarını kullanabilmesi için, markasını fiilen kullanması gerektir. Marka tescilinin tekel niteliğindeki hakkı, sadece tescile bağlanmamıştır, ayrıca hakların belirtildiği şekilde kullanılmasına bağlanmıştır.

KAYNAKÇA

- ALBERINI**, Alain: L'exploitation de la renommée de la marque d'autrui, Du risque de confusion au risque d'association, Lausanne 2015
- ANNAND**, Ruth: "The International Trademark Association And The Community Trade Mark", The Trademark Reporter Official Journal of the International Trademark Association, Vol 93, No.1, January-February, s.109-117.
- CHERPILLOD**, Ivan: Le droit suisse des marques, Lausanne 2007.
- ÇOLAK** Uğur, Marka Hukuku, İstanbul 2014.
- DAVIES**, Isabel: "Last Updates", The Journal of Brand Management Volume 7 Number 5, s, 376-378.
- DOĞAN**, Beşir Fatih, "Perakende Satış Hizmeti (35.08) İçin Marka Tescilinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", FMR, Y. 2009/1, s. 11-31.
- DUNNE** Patrick M. / **LUSCH** Robert F. / **CARVER** James R.: Retailing, South Western Educational Publishing 2010
- GILLÉRON**, Philippe: "L'usage à titre de marque en droit suisse", Sic!, FDBM 2005, s. 101-111, s. 105.
- GRABRUCKER**, Marianne: "Marks for Retail Services - An Example for Harmonising Trade Mark Law, IIC 2003, S. 5, s. 503-520.
- KAYA** Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006
- PASLI** Ali / **SOYKAN** Cem: "Marka Tescilinde 35.08.Sınıfın Anlamı ve Kapsamı", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul 2011, s. 441-474.
- PASLI** Ali / **SOYKAN** Cem: "Markanın Tescilinde 35.08 Sınıfının Son Durumu ve Bu Sınıf Açısından Aynı Tür Hizmet Değerlendirmesinde Uygulanacak Esaslar", Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, cilt.9, s.3-43
- PASLI**, Ali, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul 2018.
- TEKİNALP** Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012.
- TROLLER**, Alois: Immaterialgüterrecht: Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, vol. I et II, 3ème éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1983-1985.
- UZUNALLI**, Sevilay: Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN'a Armağan, İstanbul 2017, s. 675-700.

- ÜNSAL**, Önder Erol “Hizmetlerin Perakendeciliği Bir Hizmet Midir? Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın “Netto” Kararı (C-420/13)”, <https://iprgezgini.org/2014/08/04/hizmetlerin-perakendeciligi-bir-hizmet-midir-avrupa-birligi-adalet-divaninin-netto-karari-c-42013/>
- ÜNSAL**, Önder Erol: “STYLEHOUSE” ve “STYLEHAÜS” Markaları USP-TO Temyiz Kurulu’nca Karşılaştırılıyor – Giysiler ve Giysilerin Perakendeciliği Hizmetleri Reloaded, <https://iprgezgini.org/2016/02/28/stylehouse-ve-stylehaus-markalari-uspto-temyiz-kurulunca-karsilastiriliyor-giysiler-ve-giysilerin-perakendeciligi-hizmetleri-reloaded/>
- ÜNSAL**, Önder Erol: ““Perakendecilik Hizmetleri’ Nedir? Marka Tescilinde Somut Karşılığı Ne Şekilde Ortaya Çıkar?” (Anılış: Perakendecilik Hizmeti Nedir?), 9 Haziran 2015, <https://iprgezgini.org/2015/06/09/perakendecilik-hizmetleri-nedir-marka-tesciliinde-somut-karsiligi-ne-sekilde-ortaya-cikar/>
- ÜNSAL**, Önder Erol: “IP TRANSLATOR I – İlahlar Böyle İstedi – C-307/10 sayılı ECJ Kararı”, 17 Aralık 2013, <https://iprgezgini.org/2013/12/17/ip-translator-i-ilahlar-boyle-istedi-c-30710-sayili-ecj-karari/>.
- ÜNSAL**, Önder Erol: “Lambretta” Kararı (T-51/12) – Adalet Divanı Genel Mahkemesi “IP Translator” Kararının Uygulama Alanını Açıklığa Kavuşturmaya Devam Ediyor”, <https://iprgezgini.org/2014/10/29/lambretta-karari-t-5112-adalet-divani-genel-mahkemesi-ip-translator-kararinin-uygulama-alanini-acikliga-kavusturmaya-devam-ediyor/>.
- ÜNSAL**, Önder Erol: “IP Translator II – OHIM Reaksiyonu yani 2/12 sayılı OHIM Başkanlık Genelgesi”, <https://iprgezgini.org/2013/12/17/ip-translator-ii-ohim-reaksiyonu-yanii-212-sayili-ohim-baskanlik-genelgesi/>.
- ÜNSAL**, Önder Erol: “IP TRANSLATOR” Davası ve Nice Sınıflandırmasında Sınıf Başlıklarının Kapsamı Sorunu”, 17 Aralık 2013, <https://iprgezgini.org/2013/12/17/ip-translator-davasi-ve-nice-siniflandirmasinda-sinif-basliklarinin-kapsami-sorunu-1/>.
- YASAMAN** Hamdi / **AYOĞLU** Tolga / **ALTAY** Anlam / **YUSUFOĞLU** Fülürya **YÜKSEL** /Sinan), Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, C I ve II, İstanbul 2004.

Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar

Dr. Öğr. Üyesi Başak BAŞOĞLU*

Öz: Haksız etkileme, bir kimsenin başkası üzerindeki nüfuzunu kullanarak o kişiyi etkilemesi ve böylece etki altında kalan kişinin özgür iradesi olmaksızın hukuki işlem yapmasına yol açmasıdır. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde genel itibarıyla kabul edilen bir irade sakatlığı türü olan haksız etkilemenin yaptırımını iptal edilebilirliktir. Haksız etkileme öğretisine özel olarak miras hukukunda da sıklıkla başvurulmaktadır. Zira özellikle ileri yaşlardaki bireylerin belli bir manevi yakınlık kurdukları kişilerin etkisinde kalarak gerçekten arzu etmedikleri ölüme bağlı tasarruflarda bulunmaları mümkündür. Benzer olaylarla Türkiye’de de karşılaşılmaktadır, ancak haksız etkileme öğretisi kavramsal olarak Türk hukukuna yabancıdır. Bu çalışmada öncelikle Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ölüme bağlı tasarruflar çerçevesinde haksız etkileme kavramı incelenmekte, daha sonra haksız etkilemeye vücut veren olaylar Türk Miras Hukuku bakımından ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: miras hukuku, ölüme bağlı tasarruflar, irade özerkliği, haksız etkileme, iptal sebepleri.

The Concept of Undue Influence Under Law of Succession and Its Possible Consequences

Abstract: Undue influence is that one person influences the other by taking advantage of power over that person and accordingly causing that person to execute a legal transaction without her/his own free will. Undue Influence is a vitiating factor that is generally accepted and frequently applied in the testamentary dispositions under Common Law systems. Since it is possible, especially, for the elderly people to be influenced by people to whom they have a certain relationship of confidence and

* Makale gönderim tarihi: 19.05.2018. Makale kabul tarihi: 17.06.2018.

Pîrî Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-4093-0136; basakbasoglu@gmail.com).

accordingly make testamentary dispositions which they do not desire. Similar incidents occur as well in Turkey. Nevertheless, the concept of undue influence is alien to the Turkish Law. In this paper, firstly the concept of undue influence within the framework of testamentary dispositions in Common Law systems is analyzed and then the events giving rise to undue influence will be examined under Turkish Inheritance Law.

Keywords: law of succession, testamentary dispositions, freedom of will, undue influence, vitiating factors.

I. SORUNUN ORTAYA KOYULMASI

*Common Law*¹ (Anglo-Amerikan) hukuk sistemleri kaynaklı bir kavram olan haksız etkileme,² genel olarak bir kimsenin başkası üzerindeki nüfuzunu kullanarak onu etkilemesi ve böylece etki altında kalan kişinin özgür iradesi olmaksızın hukuki işlem yapmasına yol açmasıdır.³ *Common Law* hukuk sistemlerinde haksız etkileme tipik bir irade sakatlığı olarak karşımıza çıkmaktadır ve yaptırımı iptal edilebilirliktir (*voidable*).

Miras hukuku özelinde ise, haksız etkilemeden esasen yapmak istemediği bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmak zorunda kalan miras bırakanın içinde kaldığı durumlarda söz açılabilir.⁴ Bu kavram her ne kadar hukuki açıdan bakıldığında Türk hukukuna biraz yabancı olsa da haksız etkilemeye vücut veren olaylar, içinde bulunduğumuz topluma pek de yabancı değildir. Nite-

¹ “*Common law*” ifadesi İngiliz hukukunda birden fazla anlam taşımaktadır. Öncelikle, *common law* ifadesiyle anlaşılan Türkçede “Anglo-Amerikan hukuk sistemi” olarak adlandırılan, hukuk kurallarının kaynağında hâkimin hukukunun bulunduğu hukuk sistemidir. Bu sistem başta İskoçya dışında Birleşik Krallık ve ABD olmak üzere Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Hindistan, Güney Afrika, Filistin gibi birçok ülkede uygulanmaktadır (SAMUEL, Geoffrey: “Common Law”, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham, UK, 2006, s. 145). Bu bakımdan, sadece “Birleşik Krallık ve Amerika”yı karşılayan “Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi” ifadesi yerine uluslararası yaygınlığı olan “*Common Law*” ifadesinin kullanılması bu çalışma kapsamında tercih edilmiştir. “*Common Law*” ifadesinin taşıdığı bir diğer anlam ise İngiltere’deki krallık mahkemeleri tarafından yaratılan hukuktur.

² *Undue influence* kavramına karşılık olarak Türk hukukunda “haksız etki” (bkz. SAĞLAM, İpek: “Haksız Etki”, Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı Prof. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Cilt: 12, Sayı: 1-3, İstanbul, 2006, s. 687-699) veya “haksız nüfuz ve etki” (bkz. SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları Altıncı Cilt, İstanbul, 1994, s.12) kavramları da kullanılmaktadır. Bu çalışmada haksız etkileme ifadesinin tercih edilme sebebi ise bu kavramın özünü yaratılan etkinin değil, söz konusu etkinin nasıl yaratıldığının oluşturmasıdır.

³ SAĞLAM (2006), S. 688.

⁴ RENDELL, Catherina: Law of Succession, London, 1997, s. 37.

kim Yargıtay'ın 1978 tarihli bir kararında⁵ haksız etkilemeye konu oluşturabilecek bazı olaylar hiç kavram zikredilmeden şu şekilde anlatılmıştır:

“Ülkemizde ileri yaşlılık dönemine girmiş bulunan kişilerin birçok sorunları vardır. Bunların biri de vaktühâli yerinde olan yaşlıların mal varlıklarına yönelen, özel hukuk çerçevesine giren tasallutlardır. Yaşlı, varlıklı ve yalnız olan bu gibi kişilerin son dönemlerinde, çevrelerinde bir etraf oluşur. Çoğu kez akraba ve yakınlarından kurulan bu etrafın tek amacı, yaşlı kimsenin en değerli mal varlığını bazı tertiplerle ele geçirmektir. Çeşitli tertip yöntemlerinden biri, yaşlı kimseden alınan bir vekaletnameden yararlanmak suretiyle ona ait bir taşınmazın vekilin akraba ve yakınlarına aktarılması şeklidir. Dikkati çekecek kertede yoğunluk kazanan bu eğilim karşısında, yargı kuruluşlarının gerektiğinden fazla uyanık ve titizlik göstermesi zorunluluğu vardır. Aksi takdirde yaşlı kimse-lerin son demlerinde perişanlığa düşmelerine yol açılmış olur. Dairenin son yıllardaki açık ve sürekli, kararlı uygulaması sonucunda bu tür tertiplerin etkisiz duruma getirildiği söylenebilir. Hatta daire, bu tertiplere çoğunlukla yaşlı kadınların hedef olmalarından ötürü bu gibi davalara “koca karı davası” adını vermek gereğini duymuştur.”

Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın söz konusu kararına konu olan bu olayda 75 yaşında okuma yazma bilmeyen bir kişiden siroz hastalığı nedeniyle hastanede yattığı bir dönemde sadece kira bedellerini tahsil etmek amacıyla bir vekâletname alınmıştır, ancak bu vekâletname anılana ilave olarak taşınmaz satışına ilişkin yetkiyi de kapsamaktadır. Yargıtay, ilgili kararında bu durumu hile olarak nitelendirmiş ve bu suretle bir çözümlemede bulunmuştur. Ancak haksız etkileme kapsamında değerlendirilen bu türden olaylarda her zaman irade sakatlıklarının koşulları oluşmayabilir.

Tam anlamıyla ölüme bağlı tasarruf serbestliğini benimseyen Amerikan hukukundan tipik bir haksız etkileme örneği ise şudur: 90 yaşında, oldukça zengin ve tek yasal mirasçısı büyük yeğeni olan bir kişinin son zamanlarında kendisine bakan ve onunla samimi şekilde ilgilenen yakın arkadaşının etkisinde kalarak kendisiyle yeterince ilgilenmediği için büyük yeğenini mirastan

⁵ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 31.1.1978, E. 1977/2625, K. 1978/896. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası www.kazanci.com

çıkarması ve hazırladığı vasiyetname ile sahip olduğu tüm malvarlığı değerlerini son zamanlarında kendisi ile ilgilenen yakın arkadaşına bırakması.⁶

Amerikan öğretisinde haksız etkilemeye genellikle ileri yaşlardaki bireylerin maruz kaldığı genel tespiti yapılmakta ve dolayısıyla toplumdaki yaşlı nüfusun artış göstermesiyle birlikte haksız etkileme olaylarına daha da sık rastlanacağı ileri sürülmektedir.⁷ Gerçekten de yaşlı nüfusun artış göstermesiyle ileri yaşlardaki bireylerin haksız etkileme ve benzeri durumlar karşısında korunması için, pek çok ülkede özellikle de vesayet hukuku alanında yeni ve özel bazı düzenlemelerin getirildiği gözlemlenebilir.⁸

II. HAKSIZ ETKİLEME KAVRAMI

1. Önemi

Genel olarak bakıldığında *Common Law* hukuk sistemlerinde de ölüme bağlı tasarrufların geçerliliğinin tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi birtakım şekil şartlarına bağlı tutulmuş olduğu görülür. Ama bunun da ötesinde ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği için aranan en önemli unsur, miras bırakanın (borçlandırıcı işlem mahiyetinde) sözleşme yapma ve tasarrufta bulunma serbestliğinden oluşan irade özerkliği dairesinde hareket edebilmiş olmasıdır. İrade özerkliğine sahip bir birey, kendi kararlarını serbestçe kontrol edebilmektedir. Zira onun seçme özgürlüğünün önünde ne kendisi ne de başkaları tarafından koyulmuş bir engel bulunmaz.

Saklı paylı mirasçılığın da bulunmadığı *Common Law* hukuk sistemlerinde bir kişinin kendi malvarlığının tamamı üzerinde sonuna kadar serbestçe tasarrufta bulunması pekâlâ mümkündür. Bu sistemler dahilinde miras bırakanın irade özerkliğini ve mirasçı seçme özgürlüğünü korumak amacıyla haksız etkileme öğretisi geliştirilmiştir. Böylece, miras bırakanın gerçek iradesine aykırı olan ölüme bağlı tasarruflar geçersiz kılınabilecektir.

⁶ Örnek için bkz. **SCALISE, Ronald J.**: “Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Volume: 19:41, 2008, s. 41-106 (41).

⁷ **FROLIK, Lawrence A.**: “The Biological Roots of the Undue Influence Doctrine: What’s Love Got to do with It?”, *University of Pittsburg Law Review*, Volume 57, 1996, s. 841-882 (879), **HIRSCH, Adam J.**: “Testation and the Mind”, *Washington and Lee Law Review*, Volume 74, Issue 1, 2017, s. 285-367 (344).

⁸ **YAVUZ, Cevdet/ ERLÜLE, Fulya/ TOPUZ, Murat**: *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku*, İstanbul, 2017, s.7 vd.

Hiç şüphesiz haksız etkileme konusu durumlara karşı savunma sebepleri yaratılması yalnızca *Common Law* hukuk sistemlerine özgü değildir. Zira irade özerkliği ve kısmen ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünün bulunduğu tüm hukuk sistemlerinde aynı şekilde haksız etkileme durumları ile karşılaşılacaktır. Buna karşılık haksız etkileme ölüme bağlı tasarruflar bakımından irade özgürlüğünün hiç bulunmadığı ve sadece yasal mirasçılık ile bağlı kalan bir hukuk sisteminde hiç ama hiç gündeme gelemeyecektir. Zira bu sistemlerde gerekli seçim ve paylaşımı bizzat yasa yapmakta, miras bırakanın iradesi bu konuda herhangi bir işleve sahip bulunmamaktadır. Dolayısıyla kısmen veya tamamen irade özerkliğini ve kısmen (saklı paylı mirasçılık kısıtlamaları dâhilinde) bir ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünü benimsemiş olan tüm hukuk sistemlerinde haksız etkileme durumlarına karşı birtakım çareler üretilmiştir. Bu çerçevede kimi hukuk sistemlerinde miras bırakanın ileri yaşlarında kendilerine bağımlı hâle geldiği kişiler lehine yapılan karşılıksız kazandırmaların ahlaka aykırı sayılacağı kabul edilmiş, kimi hukuk sistemlerinde ise bu tarz kazandırmalar özel bazı düzenlemelerle açıkça yasaklanmıştır.⁹

Diğer taraftan, haksız etkileme öğretisi ve öngördüğü yaptırımlar miras bırakanın yakın aile fertlerinin menfaatlerini de korumaktadır. Şöyle ki, ölüme bağlı tasarruflar genellikle miras bırakanın yasal mirasçıları dışındaki kişiler lehine yapılacaktır. Bu da miras bırakanın yasal mirasçılarının mirastan kısmen veya tamamen yoksun kalmalarına sebep olabilecektir.

Sonuç itibarıyla özetlenecek olursa, ölüme bağlı tasarruflarda haksız etkileme öğretisinin kabul edilmesinin iki temel nedeni vardır: Ölüme bağlı tasarrufta bulunanın irade özerkliğinin gözetilmesi ve ölüme bağlı tasarrufta bulunanın yakın aile fertlerinin menfaatlerinin korunması.

⁹ Almanya'da 1974 tarihinde yürürlüğe giren Bakımevi Yasası (*Heimgesetz*) bakımevlerinde idari personelin ve hemşirelerin bakım evinin misafirlerinden ölüme bağlı tasarruf kabul etmesini açıkça yasaklamıştır (art. 14 § 5). Ancak bu yasağın uygulama alanı sadece bakım evleri ile sınırlıdır. Bunun yanı sıra Almanya'da Tıp Doktorlarının Profesyonel Kodları (*Muster-Berufsordnung Ärzte*) uyarınca doktorların, kendi bağımsızlıklarını etkileyecek veya böyle bir etkinin doğacağına ilişkin intiba yaratacak surette hastalarından hediye almaları yasaktır. Aynı şekilde Fransa'da da Medeni Kanun'un (*Code Civil*) 909. maddesi uyarınca bir kişinin ölümüne sebep olan hastalığı süresince onunla ilgilenen sağlık personelinin, miras bırakanın bu süreçte düzenlediği bir sağlık arası veya ölüme bağlı tasarrufu kabul etmeleri yasaklanmıştır. Bu konuda bkz. **SCALISE (2008)**, s. 60 vd., **SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay**: Miras Hukuku, İstanbul, 2018, § 4 N 69c.

2. Gelişimi

Kavramın oluşum ve gelişim sürecine göz gezdirecek olursak: Haksız etkileme öğretisinin bir irade sakatlığı türü olarak öncelikle İngiliz *Equity* (*hakkaniyet*) hukukunda¹⁰ sağlar arası bağışlamalarda yaygın olarak uygulanmaya başlamış olduğu tespit edilebilir.¹¹ İngiliz hukukunda ölüme bağlı tasarruflarda haksız etkileme öğretisinin kabul edilmesi ise epey bir zaman almıştır.¹² İngiliz Vesayet ve Miras Mahkemeleri (*Probate Courts*) öncele-

¹⁰ Equity, Latince adalet, eşitlik anlamlarına gelen “*aequitas*” sözcüğünden gelmektedir ve 14. yüzyılda İngiltere’de *Common Law* mahkemelerinin yanı sıra kurulan Chancery Mahkemelerinde uygulanan hukuktur. Chancery Mahkemeleri, kralın danışmanı ve en yüksek idari memur olan Lord Chancellor ve onun memurlarından oluşmaktaydı. Lord Chancellor kiliseye bağlıydı ve dini konularda krala danışmanlık yapmaktaydı. Bu makam, din adamlarına ait olduğu için onların bireysel değerleri verdikleri kararlarda rol oynamaktaydı. Bu nedenle, *Chancery mahkemeleri* tarafından uygulanan hukuk hakkaniyet anlamına gelen Equity olarak anılmıştır (PARRY, Clive (Çeviren: Fadıllı SUR): “İngiliz Hukuk Sistemi” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1 Sayı: 3, Ankara, 1944, s.442-458 (455), OĞUZ, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara, 2003, s.258). Öte yandan, 15. yüzyılda Anglikan kilisesinin Katolik kiliseden ayrılması üzerine Lord Chancellor makamına kilise dışından (laik) kişiler getirilmeye başlanmıştı. Bu makama kilise dışından getirilen (laik) ilk kişi Thomas More’dur.

¹¹ Önceleri bağımsız bir irade sakatlığı olarak kabul edilmeyen haksız etkileme hilenin kavramsal çerçevesinde değerlendirilmiştir. SAĞLAM (2006), s. 687. Haksız etkileme öğretisi ilk olarak 1737 yılında İngiliz *Morris v Burroughs* kararında uygulanmıştır. Bu karara konu olan olayda bir çocuğun babasının etkisi altında kalarak ona yüklü bir hediye vermesi haksız etkileme olarak kabul edilmiş ve yapılan bu bağışlamanın iptaline karar verilmiştir. *Morris v Burroughs*, (1737) 1 Atk. 398. Benzer şekilde İngiliz *Huguenin v Baseley* kararında da bir kişinin sürekli günah çıkarttığı ve manevi yönlendirme için görüştüğü rahibe yapmış olduğu bağışlamanın haksız etkileme nedeniyle geçersizliğine hükmedilmiştir (*Huguenin v Baseley*, 14 Ves. 273 (1807)). Bu kararlar için bkz. SCALISE (2008), s. 49-50. Haksız etkileme öğretisi hakkında genel bilgi için bkz. SAĞLAM (2006), s. 687 vd.

¹² 1868 tarihli *Hall v Hall* kararında her ne kadar bir kişinin özgür iradesini ortaya koyabilmesi için etki altında olmaması gerekse de tüm etkilerin de hukuka aykırı olmadığını ifade etmiştir. Buna göre, bir kişinin iyilik hissi veya bağı, geçmiş hizmetlere ilişkin minnet duygusu, yoksulluk veya benzeri durumlara karşı merhamet duygusu gibi hukuka aykırı olmayan hislerin miras bırakanı etkilemesi mümkündür. Ancak ölüme bağlı tasarruflarda miras bırakanı ikna etmeksizin kişinin korkularına veya umutlarına yönelerek onun iradesini etkisiz hâle getirmek için uygulanan her türlü baskı yasaktır. Zira bu gibi durumlarda miras bırakan yönlendirilmiş olacağından geçerli bir iradede söz açılmayacaktır. Miras bırakan bir başkasının iradesiyle değil, kendi iradesiyle hareket etmelidir. Bundan kısa bir süre sonra, İngiliz Vesayet ve Miras Mahkemeleri, *Equity* (*hakkaniyet*) mahkemelerinde kabul edilen tarafların arasındaki ilişkiye dayanarak kabul edilen haksız etkileme karinesinin ölüme bağlı tasarruflarda uygulanmayacağını açıkça ifade etmiştir. Nitekim *Parfitt v Lawless* kararına

ri ölüme bağlı tasarruflarda miras bırakanın ehliyeti, yaptığı işleme ilişkin bilgisi ve bu işlemi yapma arzusu bulunuyorsa miras bırakanın iradesinin üstün tutulması gerektiğini ve haksız etkilemenin karine teşkil etmeyeceğini, dolayısıyla iradeyi etkileyen hile, tehdit gibi durumların açık olarak ispat edilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Bu öğreti daha sonra 19. yüzyılda İngiliz hukuku üzerinden Amerika'ya da yayılmıştır. Her ne kadar pek çok olayda haksız etkileme bulunduğu davacılar tarafından ileri sürülse de sadece işlemi çevreleyen koşullardan haksız etkileme sonucuna varılması önceleri mahkemeler tarafından pek kabul görmemiş, mutlaka kişinin iradesini yönlendiren bir etkinin, yani çoğu zaman hile veya zorlamanın¹³ da ayrıca ispatı aranmıştır.¹⁴ Yine bu dönemde hangi etkilerin haksız sayılmayacağı belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre, miras bırakanın daha iyi karar almasını sağlayan, onun iyi duygularına yönelen etkenlerin, bir eşin içten talepleri veya aile ilişkilerinden ya da görev bilincinden, şefkat ya da minnet duygularından kaynaklanan etkilerin, ve yine miras bırakana görüş veya kanaat bildirilmesi, ona samimi iltifatlarda bulunulması veya ilgi ve nezaket gösterilmesinin haksız olarak sayılmayacağı ve dolayısıyla iptale sebep olmayacağı kabul edilmiştir.¹⁵

20. yüzyılda ise, İngiliz hukukunda hâkim olan haksız etkilemenin karine olarak kabul edilemeyeceği kuralı Amerikan hukukunda terk edilerek, bu öğretiye Amerikan hukukunda kendisine özgü bir bağımsızlık kazandırılmıştır. Öyle ki, Amerikan mahkemeleri, miras bırakan ile kendisi lehine miras bırakılan arasında (örneğin hasta ile doktoru, vekil ile müvekkili, ileri yaşlarındaki bir birey ile rahip veya manevi danışmanı vb.) miras bırakanı etki altında bırakacak bir güven ilişkisinin bulunması hâlinde haksız etkilemenin aksi ispatlanmadıkça karine olarak kabul edileceğine hükmetmeye başlamıştır. Ayrıca, haksız etkilemeden sadece ve münhasıran anılan hâller özelinde değil, herhangi bir zorlama ve tehdit olmaksızın miras bırakanın iradesinin bir başkası tarafından etkilendiği veya bir başkasının iradesine ba-

konu olan olayda miras bırakan, kendisi ile birlikte yaşayan ve dini desteğine başvurduğu bir rahibe ciddi bir miras bırakmıştır. Mahkeme rahibin evdeki rolünün ölüme bağlı tasarruflarda haksız etkilemeyi ispatlamak için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Bu kararlar için bkz. **SCALISE (2008)**, s. 49-50.

¹³ Bu kararlar için bkz. **SCALISE (2008)**, s. 49-50.

¹⁴ Zorlama, fiziksel şiddet, açık veya zımni tehdit veya yıldırıcı ısrar olarak tanımlanmıştır.

¹⁵ **SCALISE (2008)**, s. 52.

ğımlı olduğu yani miras bırakanın gerçek iradesinin bulunmadığı hâllerde de söz açılabilmesine kapılar açık bırakılmıştır.

Amerikan hukukunda bu kavrama son olarak 2003 yılında yayımlanan *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers*¹⁶ Bölüm § 8.3’de de hile ve tehdit ile birlikte ele alınarak “haksız etkileme, hile veya tehdit sonucunda yapılan bir ivazsız kazandırmanın (donative transfer) [vasiyetnamenin (will), trust’ın,¹⁷ bağışlamanın (lifetime gift)] geçersiz” olacağı ifade edilmiştir. Aynı maddenin devamında ise haksız etkileme dolaylı olarak “Failin tasarrufla bulunan üzerinde etkide bulunarak, onun özgür iradesini etkisiz hâle getirmesi ve başka bir şekilde yapmayacağı bir ivazsız kazandırmada bulunmasına neden olması durumunda ivazsız kazandırma haksız etkileme sonucunda yapılmıştır.” şeklinde tanımlanmıştır. Her ne kadar bu metin (restatement) özünde bağlayıcı nitelik taşımasa da haksız etkileme öğretisinin hem sağlar arası hem de ölüme bağlı tasarruflar bakımından uygulamada ve öğretilde ciddi bir şekilde kabul gördüğünün en temel göstergesidir.

3. Unsurları

A. Genel Olarak

Haksız etkileme nedeniyle ölüme bağlı tasarrufun iptalini isteyen kişi (genellikle miras bırakanın yasal mirasçıları), miras bırakanın söz konusu tasarrufu bir başkası tarafından kendisine yönelen aşırı bir manevi etkileme sonucunda yaptığını ortaya koymalıdır. Bir kişinin diğeri üzerindeki etkisinin ne zaman haksız sayılacağına belirlenmesi zordur. Bu nedenle, *Common Law* hukuk sistemlerinde mahkemeler bir kimsenin miras bırakan üzerindeki etkisinin haksız olup olmadığının tespitinde dört temel unsurun

¹⁶ Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*) tarafından seçilen hukuk uzmanları tarafından hazırlanan ve temel hukuk alanlarında emsal mahkeme kararlarını yansıtan açıklamaları ciltler hâlinde toplayan kaynaklardır. Restatement’lar bağlayıcı olmamakla birlikte Amerikan hukukundaki en temel hukuk kaynaklarıdır.

¹⁷ *Common Law* hukuk sistemine özgü bir kavram olan “trust” kabaca bir mülkiyet hakkının başkası adına kullanılmasıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **KARAYALÇIN, Yaşar:** “İngiliz Hukukunda “Trust” ve Avrupa Hukuku Terim – Kavram- Temek Trust Modeli- Uygulamalar – Hukuk Alanında Gelişmeler”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 651- 687, **ÖZ, Turgut:** “Parçalanmış bir Mülkiyet: Trust”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt II, İstanbul, 2010, s. 1425-1444.

varlığını aramaktadır.¹⁸ Öncelikle, miras bırakanın etki altında kalmaya yatkın bir birey olması gerekir. İkinci olarak nüfuz kullandığı ileri sürülen kişinin miras bırakan üzerinde somut olarak böyle bir etki kullanma şansına sahip olmalıdır. Üçüncü olarak nüfuz kullandığı ileri sürülen kişinin, miras bırakanı tespit edilebilir bir şekilde böyle bir etkilemede bulunmalıdır. Son olarak haksız şekilde nüfuz kullandığı ileri sürülen kişinin arzuladığı sonucu elde etmesi de şarttır. Ancak bütün bu sayılan unsurlar son derece subjektif özellik gösterdiklerinden, bunların ispatlanmaları da neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla, ilgili unsurların aranması öğretide ve uygulamada haklı olarak eleştirilmiştir.¹⁹ Nitekim özellikle üçüncü unsur bakımından açık bir zorlamanın veya haksız bir baskının varlığının kesin delillerle ispatlanması gerekir. Böyle bir hususun ispatı ise özellikle ölüme bağlı tasarruflarda son derece zordur. Zira bütün bu hususları asıl ortaya koyabilecek olan kişi ölmüştür.

Tüm bu nedenlerle, gerçek bir haksız etkilemenin (*actual undue influence*) varlığını ispatlamak genellikle son derece güç olduğundan *Common Law* hukuk sistemlerinde haksız etkileme karinesi (*presumed undue influence*) kabul edilmiştir. Buna göre, bir kişinin diğeri için güven ve bağlılık kaynağı olan pozisyonunu hakkaniyete uygun olmayan bir şekilde kullandığı tespit edilebiliyorsa, haksız etkileme karine (*presumed undue influence*) olarak kabul edilir.²⁰

Sonuç olarak, mahkemeler haksız etkilemenin varlığını tespit etmek için bir dizi objektif kriter benimsemişlerdir. Bunlar (1) tasarrufta bulunanın psikolojik (zihinsel) durumunun etkilenmeye elverişli olup olmadığı, (2) tasarrufta bulunan ile onu etkilediği ileri sürülen kişi arasında yoğun bir güven ilişkisinin bulunup bulunmadığı, ve (3) yapılan tasarrufların olağandışı olup olmadığıdır. Tasarrufta bulunanın psikolojik (zihinsel) durumunun etkilenmeye elverişli olup olmadığının tespiti yukarıda belirtilen ilk koşulun yani miras bırakanın etki altında kalmaya yatkın bir birey olduğunun göstergesidir. Tasarrufta bulunan ile onu etkilediği ileri sürülen kişi arasında yoğun bir güven ilişkisinin varlığı ikinci koşulun yani nüfuz kullandığı ileri sürülen kişinin miras bırakan üzerinde somut olarak böyle bir etki kullanma şansına

¹⁸ Bu unsurlar için bkz. **HIRSCH (2017)**, s. 346-347, **SCALISE (2008)**, s. 54-56.

¹⁹ Eleştiriler etkinin ne zaman haksız sayılacağı noktasında yoğunlaşmaktadır. **HIRSCH (2017)**, s. 347.

²⁰ Gerçek haksız etkileme ve haksız etkileme karinesi kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. **SAĞLAM (2006)**, s. 688 vd.

sahip olduğunun göstergesidir. Yapılan tasarrufların olağandışı olması ise miras bırakanın haksız bir etkileme neticesinde bu tasarrufta bulunduğu göstergesi sayılmaktadır. Esasen bu sayılan kriterler ölüme bağlı tasarrufun miras bırakanın gerçek iradesini yansıtır yansıtmadığını göstermemektedir. Yine de bu kriterler mahkemeler tarafından haksız etkilemenin varlığının objektif bir göstergesi olarak benimsenmekte ve bu koşulların varlığı hâlinde haksız etkileme karine olarak kabul edilmiştir.²¹ Hiç şüphesiz bu kriterlerden hiçbirisi tek başına haksız etkilemenin varlığına göstergesi sayılamaz. Ancak bir olayda bu kriterlerden birkaç tanesinin veya hepsinin aynı anda ortaya çıkması mahkemelerin haksız etkilemeyi karine olarak kabul etme ihtimallerini yükseltecektir.²²

B. Ölüme Bağlı Tasarrufta Bulunanın Psikolojik (Zihinsel) Durumu

Haksız etkilemenin varlığına işaret eden bir diğer gösterge, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın işlem ehliyetine sahip olması ve fakat psikolojik veya zihinsel olarak hassas, dışarıdan gelen etkilere karşı açık ve dayanıksız bir durumda iken işlemi yapmış olmasıdır.²³ Hatta bazı haksız etkileme durumlarında ölüme bağlı tasarrufta bulunanın tam ehliyetsizliğinden bile söz açılabilir. Zira ilgili durumlarda ölüme bağlı tasarrufta bulunan kendi isteklerini etkisi altında kaldığı kişinin isteklerinden üstün tutamamaktadır. Bu nedenle mahkemeler genellikle haksız etkilemeyi araştırmadan önce ölüme bağlı tasarrufta bulunanın akıl zayıflığı, hastalık veya benzeri bir sebepten ileri gelebilecek zayıf bir ruhsal durumunun olup olmadığının kanıtlanmasını isterler.²⁴

C. Güven İlişkisinin Varlığı

Haksız etkilemenin ilk ve en önemli göstergesi, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi ile nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle onu etkileyen kişi arasında yoğunlaşmış bir güven ilişkisinin bulunmasıdır.²⁵ Şüpheli koşullar,

²¹ HIRSCH (2017), s. 347.

²² SCALISE (2008), s. 59-60.

²³ SCALISE (2008), s. 57.

²⁴ Ölüme bağlı tasarrufta bulunanın yaşı, kişiliği, fiziksel ve ruhsal sağlığı ile kendi işlerini idare ettirme kabiliyeti göz önünde bulundurulur. Hatta birçok durumda ölüme bağlı tasarrufta bulunanın ileri yaşı, onun akıl zayıflığına işaret olarak kabul edilir. SCALISE (2008), s. 57.

²⁵ SCALISE (2008), s. 56. Yazar bu güven ilişkisine örnek olarak avukat ile müvekkili ara-

nüfuzunu kötüye kullandığı iddia edilen kişinin ölümüne bağlı tasarrufun hazırlanmasında etkili olması veya ölümüne bağlı tasarrufun gizlilik veya acele içinde hazırlanması gibi menfaat sağlayan işleme çevreleyen olaylar olması gerekir.²⁶ Haksız etkilemenin varlığını ispatlamak son derece güç olduğundan böyle bir güven ilişkisinin ve şüpheli koşulların varlığı hâlinde, yukarıda da belirtildiği üzere, haksız etkilemenin bulunduğu karine (aksi ispat edilebilir bir fiili adi karine) olarak kabul edilir.²⁷ Böylece ispat yükü diğer tarafın (etkide bulunan) üzerinde olacak ve bu kez ondan ölümüne bağlı tasarrufun haksız etkileme sonucunda yapılmadığının ispat etmesi gerekecektir.

D. Olağandışı Tasarruflar

Haksız etkilemenin son göstergesi ise yapılan ölümüne bağlı tasarrufun olağandışı olmasıdır.²⁸ Bunun tespitinde genellikle yasal miras dağılımı dikkate alınır. Zira olağan koşullarda bir kişinin mirasının yasal mirasçılara bırakmasını en makul davranış olduğu varsayılır.²⁹ Aksi ancak kişinin yasal mirasçılarının mirastan çıkarılmayı gerektirecek bir davranışta bulunmaları hâlinde söz konusu olacaktır. Buna göre, bir kişinin rastgele bir arkadaşına veya yeni tanıştığı birine, hatta çoğu kez geçerli bir neden olmaksızın yasal mirasçılarından sadece birine veya birkaçına miras bırakması olağan-

sındaki ilişkiyi göstermektedir. Ancak bu ilişkinin taraflar arasındaki akrabalık veya dostluk ilişkisinden de ileri gelmesi pek tabii mümkündür.

²⁶ **AMERICAN LAW INSTITUTE:** Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers, 2003, § 8.3 Cmt. F (2003).

²⁷ Öte yandan, güven ilişkisi içindeki taraflardan biri ölümüne bağlı tasarruf sonucunda orantısız bir menfaat elde etmiş ise, bu durumda haksız etkilemenin varlığını karine olarak kabul edilir. Bkz. *Delapp v Pratt*, 152 S.W.3d 530 (Tenn. Ct. App. 2004) Çevrimiçi 4 Mayıs 2018 <https://www.courtlistener.com/opinion/1499492/delapp-v-pratt/> Bu davaya konu olan olayda davacılar davalı kardeşlerine karşı açtıkları davada onun annelerini etkileyerek aile çiftliklerinin kendisine kalmasını sağladığını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, annesiyle birlikte yaşayan, aynı zamanda çiftliğin idaresini üstlenen, kendisine annesi tarafından vekalet verilmiş olan kardeşin daha sonra aşırı bir menfaat sağlamış olmasının haksız etkilemeye karine teşkil ettiğini, ancak bunun aksinin ancak kesin ispat araçlarıyla çürütülebileceğine hükmetmiştir.

²⁸ **SCALISE (2008)**, s. 58.

²⁹ Haksız etkileme öğretisinde yasal mirasçılığın esas alınması, kişinin soyunu korumak ve böylece kendi genetik varlığını sürdürmeyi sağlamak yönünde bilinçdışı bir dürtüsü bulunmasına dayandırılmaktadır. **FROLIK (1996)**, s. 843. Böylece haksız etkileme öğretisi ölümüne bağlı tasarruflarda bulunan üçüncü kişilerin kötü niyetli etkilerinden korunurken onun yasal mirasçılarını da mirastan çıkarılmaktan korumaktadır. **MADOFF, Roy D.:** “Unmasking Undue Influence”, *Minnesota Law Review*, 81, 1997, s. 571-630 (577.)

dışı sayılır.³⁰ Ancak bu husus öğretide ölüme bağlı tasarrufta bulunanı deyim yerindeyse yasal mirasçılık kurallarının içinde sıkışmaya zorladığı için eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, kişi ya kendi iradesiyle yasal mirasçılığı seçecektir, ya da daha sonra mahkeme bunun olağan olduğuna hükmedip kişinin diğer ölüme bağlı tasarruflarını iptal edecektir.³¹

III. KONUNUN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, *Common Law* hukuk sistemlerinde ölüme bağlı tasarruflarda haksız etkileme öğretisi ölüme bağlı tasarrufta bulunanın irade özerkliğini ve ölüme bağlı tasarrufta bulunanın yakın aile fertlerinin menfaatlerinin korumayı amaçlamaktadır. Türk hukukunda mevcut düzenlemeler dâhilinde ölüme bağlı tasarruflarda³² haksız etkileme öğretisiyle ilgili herhangi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira Türk hukukunda bu türden özel bir koruma öngörülmemiş, korumanın başka yollarla dolaylı olarak sağlanması amaçlanmıştır.

Nitekim Türk hukukunda ölüme bağlı tasarrufta bulunanın irade özerkliği temel itibariyle ehliyet, irade sakatlığı ve aşırı yararlanma kuralları ile korunurken onun yakın aile fertlerinin menfaatleri ise saklı paylı mirasçılık sistemi ile korunmaktadır. Ancak saklı paylı mirasçılık sistemi son yıllarda

³⁰ MADOFF (1997), s. 590.

³¹ MADOFF (1997), s. 611.

³² Bireyin ölümünden sonra hüküm doğurmak üzere yaptığı irade beyanı olan ölüme bağlı tasarruf Türk hukukunda iki şekilde karşımıza çıkar: iradenin büründüğü şekil (Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf) ve irade beyanının içeriği (Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf). Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar vasiyetname ve miras sözleşmesidir. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ise bir kimseyi mirasta hak sahibi kılmaya yönelik olanlar ve olmayanlar olarak ikiye ayrılır. Bir kimseyi mirasta hak sahibi kılmaya yönelik maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar mirasçı atama ve belirli mal bırakma, bir kimseyi mirasta hak sahibi kılmaya yönelik olmayanlar ise mirastan çıkarma, vasiyetnamenin geri alınması, vasiyeti yerine getirme görevlisi tayin etme, mirasın paylaşımına yönelik kurallar koyma ve benzeri işlemlerdir. AN-TALYA, O. Gökhan/ Sağlam, İpek: Miras Hukuku, İstanbul, 2016, s. 117, 183, DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut: Miras Hukuku, İstanbul, 2016, N 235 vd., ERGÜNE, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011, s. 22 vd., HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul, 2018, § 5 N 9 – 30, İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s. 55, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, İstanbul, 1987, s. 127 vd.

gerek Türk hukukunda gerekse de bu sistemi benimsemiş diğer *Civil Law* hukuk sistemlerinde de ciddi şekilde eleştirilmeye hatta saklı pay hakkını sadece ihtiyaç sahipleri ile sınırlandırmak suretiyle yavaş yavaş terk edilmeye başlamıştır.³³ Saklı paylı mirasçılık sisteminin sınırlandırılması ölüme bağlı tasarrufta bulunanın irade özerkliğine, son arzusuna daha önem vermeye başlandığının bir göstergesidir. Hâl böyle olunca, esasen ölüme bağlı tasarrufta bulunanın haksız etkilene riskleri karşısında korunması daha da büyük bir önem arz edeceği rahatlıkla söylenebilir.

2. Ehliyet Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti nitelikli bir işlem (fiil) ehliyetidir. Buna göre, ölüme bağlı tasarruf ehliyetinde kişinin her durumda ayırt etme gücünün bulunması ve bundan başka özel olarak vasiyetname düzenlemek için 15 yaşını tamamlamış, miras sözleşmesi düzenlemek için ise 18 yaşını tamamlamış olması şartları aranır.³⁴

Ehliyetin varlığı ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı (imzalandığı) anda aranır.³⁵ Ölüme bağlı tasarrufu yapan kişinin bu tasarrufun öncesinde veya sonrasında herhangi bir sebeple ehliyetsiz olması tasarrufun geçerliliğini etkilemeyecektir.³⁶ Aynı şekilde tasarrufun yapıldığı sırada ehliyetsiz olan bir kişinin sonradan ehliyet kazanması ve aynı tasarrufu yapmak istemesi de bu tasarrufa geçerlilik kazandırmayacaktır. Böyle bir durumda yeni bir ölüme bağlı tasarruf yapılması şarttır. Bir kişinin ölümünden sonra, o kişinin ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu sırada ayırt etme gücüne sahip olup olma-

³³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **SEROZAN Rona** (Çeviren: Meliha Sermin PAKSOY), “Miras Hukukunun Gelişim Süreci Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: LXXIII, Sayı: 1, İstanbul, 2015, s. 531-559 (536-539).

³⁴ Görüldüğü üzere, kanun koyucu vasiyetnameden farklı olarak miras sözleşmesinde tam ehliyetli olmayı aramıştır. Zira vasiyetname, herhangi bir bağlayıcılığı bulunmayan ve her zaman miras bırakan tarafından serbestçe geri alınması mümkün olan şekli anlamda tek taraflı ölüme bağlı tasarruftur. Buna karşılık, miras sözleşmesi bağlayıcıdır. Zira miras sözleşmesinden ancak kanunda belirtilen sınırlı hâllerde tek taraflı olarak dönmek mümkündür. Bkz. **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 288.

³⁵ **ANTALYA/ SAĞLAM (2015)**, s. 247, **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 50, **TURAN, Gamze: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü**, Ankara, 2009, s. 35.

³⁶ **İMRE/ ERMAN (2015)**, s. 64.

dığının ayrıca ispat edilmesi son derece güç olduğundan öğretide ehliyetin varlığının karine olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³⁷

İlk anda ehliyet hükümlerinin ölüme bağlı tasarrufta bulunan bireyle-ri haksız etkileme hâllerine karşı sıkı bir şekilde koruduğu düşünülebilir. Nitekim uygulamada da haksız etkileme teşkil eden hâllere karşı ilk anda tasarrufta kişinin ayırt etme gücünden yoksunluğu iddiasıyla ehliyetsizlik hükümlerine başvurulmaktadır.³⁸ Bilindiği üzere, ayırt etme gücü bir kişinin hem davranışlarının sebep ve sonuçlarını doğru olarak anlaması, takdir edebilmesi hem de buna uygun bir şekilde davranmasıdır.³⁹ Buna göre, ayırt etme gücünün varlığından bahsedebilmek için bireyin hem iradesinin hem de bilincinin (idrak kabiliyetinin) bulunması gerekir.⁴⁰ Bu nokta; özellikle ileri yaşlardaki bireylerde rastlanılan demans (*dementia*) hastalıkları bakımından özel bir önem taşımaktadır. Bilindiği üzere, yaşlılık bir kişinin ayırt etme gücünü tek başına kaldıran bir sebep değildir. Ancak ileri yaşın beraberinde getirdiği demans ve benzeri hastalıklar akıl zayıflığına sebep olacağından ayırt etme gücünü de ortadan kaldırabilir.⁴¹ Ancak zaman içinde ve belirli evrelerden geçerek gelişen bu hastalıklarda kişinin hemen ayırt etme gücünden yoksun olduğunu söylemek pek de mümkün değildir. Öyle ki, aynı nedene bağlı demans hastalıkları (örneğin Alzheimer) dahi hastalığın seyri, ilerleme hızı ile hastaların sosyal, psikolojik ve entelektüel durumlarını da içeren çeşitli nedenlerle kişiden kişiye farklılık göstermektedir. Bununla birlikte, demans hastalıklarının ilk evresinde veya bu hastalıklardan bağımsız olarak ileri yaşlardaki bireylerde hafif bilişsel bozukluk (*mild cognitive impairment*) başlayabilir.⁴² Bilişsel bozuklukların başlaması bireylerde özgüven kaybına sebep olur ve onu dışarıdan gelen etkilere karşı daha dayanıksız, başkalarına karşı ise daha bağımlı hâle getirir. İşte bu nedenledir

37 **HELVACI, İlhan:** “Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’ın 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt: 2, İstanbul, 2002, s. 1113-1150 (1113), **İMRE/ ERMAN (2015)**, s. 64.

38 **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 50.

39 **DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan:** Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016, N 287, **OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2016, s. 55 vd.

40 **DURAL/ ÖĞÜZ (2016)**, N 288.

41 **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR (2016)**, s. 59, 73.

42 **MEHTA, Sonal/ HERATH, Priyantha:** Mild Cognitive Impairment, 2018 (Çevirimiçi 17 Mayıs 2018 <https://emedicine.medscape.com/article/1136393-overview>)

ki, özellikle ileri yaşlardaki bireylerin dış etkilere ve yönlendirmelere karşı direnme güçlerinin de ayırt etme gücünün varlığı bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir.⁴³

Ölüme bağlı tasarruflarda ehliyetsizliğin yaptırımını iptal edilebilirliktir.⁴⁴ Miras bırakanın sağlığında kendisi iptal edebilir, ölümünden sonra ise mirasçılar tarafından ölüme bağlı tasarrufun ehliyetsizlik nedeniyle iptal edilebilmesi için yenilik doğuran etkili iptal davasının açılması gerekir. Dava kesin suretle sonuçlanana kadar işlem ayakta kalmaya devam eder.

2. İrade Sakatlığı Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Yukarıda da belirtildiği üzere, haksız etkileme teşkil eden hâllerde, tasarrufta bulunanın ayırt etme gücünden yoksun olduğunu ileri sürmek her zaman mümkün değildir. Aksine haksız etkileme teşkil eden hâllerde çoğunlukla bireyin ayırt etme gücü bulunmaktadır, yani yaptığı tasarrufun sebep ve sonuçlarının farkındadır. Ancak kişinin tasarrufu bir başkasının iradesi tarafından gölgelenmiştir, hatta yönlendirilmiştir. İşte bu nedenledir ki, haksız etkileme hâllerinde ehliyet hükümlerinden ziyade irade sakatlığı hükümlerine başvurulması daha olasıdır.

Bilindiği üzere, irade sakatlığı denildiğinde akla yanılma (hata), aldatma (hile) ve korkutma (ikrah, tehdit⁴⁵) gelir.⁴⁶ Ölüme bağlı tasarruflar bakımından irade sakatlıkları TMK m. 504 kuralında özel olarak düzenlenmiş olup bu düzenleme uyarınca yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama⁴⁷ etkisinde

⁴³ SEROZAN/ ENGİN (2018), § 4 N 50.

⁴⁴ Bilindiği üzere, ehliyetsizliğin Medeni Hukuktaki genel sonucu TMK m. 15 uyarınca kesin hükümsüzlüktür.

⁴⁵ İkrah korkutulan kişide gerçekleşen iç etki, yani korkutmanın somutlaşmış sonucudur. Buna karşılık, tehdit ise korkutma eyleminin kendisi yani ikraha yol açan dışsal unsurdur.

⁴⁶ TBK m. 30-39 arasında düzenlenmiş olan irade sakatlıkları ölüme bağlı tasarruflar açısından miras hukuku hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir. Öğretide kanun koyucunun bu tercihi miras hukukunda irade prensibine daha fazla önem verilmesi ve ölüme bağlı tasarruflarda iptal hakkının dava yoluyla kullanılması nedenleriyle açıklanmaktadır. Bkz. İMRE/ERMAN (2015), s. 208.

⁴⁷ TMK m. 504 hükmünde zorlamanın (maddi cebir, *vis absoluta*) bir irade bozukluğu şeklinde sayılmış olması öğretilerde eleştirilmektedir. Zira zorlama hâlinde manevi cebirden (*vis compulsiva*) farklı şekilde bir irade bozukluğundan değil, irade yokluğundan söz açılacağından işlemin hükümsüz sayılması gerekecektir. Bkz. ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, Ankara, 2017, s. 230, SEROZAN/ ENGİN (2018), § 4 N 62.

yapılan ölüme bağlı tasarruflar iptal hakkı verir.⁴⁸ Ancak hemen belirtilmelidir ki, öğretideki ağırlıklı görüşe göre, TMK m. 504 düzenlemesi vasiyetnameler bakımından uygulanırken, miras sözleşmelerine yine TBK m. 30-39 hükümleri uygulanmalıdır.⁴⁹

Yanılma (hata) ya iradenin oluşmasına etken olan bir husustaki düşüncenin gerçek duruma uygun olmaması ya da oluşan bu iradenin istenmeyerek iradeye uygun beyan edilmemesidir.⁵⁰ Ölüme bağlı tasarruflarda yanılma, kişide, işlemin konusunda ve hatta kişiyi işlemi yapmaya yönlendiren saikte⁵¹ olabilir.⁵² Önemli olan yanılmaya düşülen husus ile ölüme bağlı

⁴⁸ Esasen TMK m. 504 hükmünde yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisinde yapılan ölüme bağlı tasarrufların geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Bu ifade söz konusu hâllerin iptal davası açma hakkı vermesinden ötürü eleştirilmiştir. Bkz. **İMRE/ ERMAN (2015)**, s. 208.

⁴⁹ Bu tartışma ve ileri sürülen diğer görüşler hakkında bilgi için bkz. **ANTALYA/ SAĞLAM (2016)**, s. 248.

⁵⁰ **ANTALYA/ SAĞLAM (2016)**, s. 249.

⁵¹ TBK m. 32 kuralından farklı olarak miras hukukunda tartışmalı olmakla birlikte saik hatasının ölüme bağlı tasarrufların iptali için yeterli olduğu kabul edilir. Bkz. **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 999, **EREN (1966)**, s. 32, **FORNI, Rolando/ PIATTI, Giorgio**: BSK ZGB II, Art. 519/520. In HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas (ed.): Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Basel, 2015, Art. 519/520 N 19, **İMRE/ ERMAN (2015)**, s. 209, **ÖZTAN (2017)**, s. 227, **WEIMAR, Peter**: Berner Kommentar, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern, 2009, Art. 469 N 15. Karşı görüşte **HATEMİ (2018)**, § 6 N 21. Yazara göre alelade saik hatası ölüme bağlı tasarrufların iptali için yeterli değildir, mutlaka miras bırakanın bu hatayı bilseydi ölüme bağlı tasarruflarda bulunmayacağı (esaslı saik hatası) kabulü gerekir. Diğer taraftan bu hususun sadece vasiyetnameler bakımından mı yoksa hem vasiyetnameler hem de miras sözleşmesi bakımından mı uygulanacağı da öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş TMK m. 504 hükmünde vasiyetname ile miras sözleşmesi arasında herhangi bir ayırım yapılmadığından hareketle her ikisinde de adi saik hatasının dahi iptal için yeterli olduğunu ancak miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarruflarda bulunmayan karşı tarafın sadece genel hükümlere göre saik hatasının esaslı olması hâlinde miras sözleşmesini iptal ettirebileceğini ileri sürer. **İMRE/ ERMAN (2015)**, s. 210-211. Öğretide baskın olarak kabul edilen bir başka görüş ise ölüme bağlı tasarrufların tabi olacağı hükümlerin bünyelerine uygun olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, vasiyetnamelerde korunması gereken bir muhatap olmadığından adi saik hatası bir iptal sebebidir ancak miras sözleşmesi ise iki taraflı bir hukuki işlem olduğundan ancak her iki taraf için de genel hükümlere göre sadece esaslı olan saik hatası iptal sebebi sayılacaktır. Aksi durumda miras sözleşmesinde karşı tarafın güveni korunmayacaktır. **ANTALYA/ SAĞLAM (2016)**, s. 250, **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 1003, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1987)**, s. 330.

⁵² **ANTALYA/ SAĞLAM (2016)**, s. 249.

tasarruf arasında uygun nedensellik bağı bulunmasıdır.⁵³ Saikte yanılma, miras bırakanı ölüme bağlı tasarrufta bulunmaya yöneltten bir olay veya durum hakkında gerçeğe uygun olmayan bir düşünceye kapılmasıdır. İşte miras bırakanın böyle bir düşünceye kapılmasına onun bir başkası tarafından etkilenmesi sebep olmuş ise burada haksız etkilemeden söz açılabilir. Ancak hemen belirtilmelidir ki haksız etkileme hâllerinde yanılmadan ziyade bir başkasının yanıltmasından yani aldatmadan söz açılacaktır. Zira haksız etkileme teşkil eden hâllerde etkide bulunan kasten bir menfaat sağlamak için hareket etmektedir.

Aldatma (hile), bir kimsenin davranışı ile diğer bir kimseyi irade beyanında bulunmaya sevk etmek için o kişide yanlış bir fikrin doğumuna, teyidine veya devamına kasten neden olunmasıdır. Yani bir kimsenin kasten saik hatasına düşürülmesidir. Böylece miras bırakan ölüme bağlı tasarruf yapmaya veya hâlihazırda yapmış olduğu tasarrufu geri almaya veya almamaya sevk edilmektedir.⁵⁴ Buna göre, aldatmanın söz konusu olabilmesi için öncelikle bir tarafın karşı tarafı hataya düşürmüş olması ve yapılan ölüme bağlı tasarrufla hile arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.⁵⁵ Aldatma teşkil eden davranış aktif bir davranış olabileceği gibi pasif bir davranış (sessiz kalma, yapılması gereken belirli bir uyarıda bulunmaktan kaçınma) da olabilir. Ayrıca söz konusu aldatma teşkil eden davranışın kasten yapılmış olması gerekir.⁵⁶ Öte yandan, aldatmayı teşkil eden davranışı karşı akit veya sözleşmenin yapılmasından yararlanan bir kimsenin yapması da gerekmez. Hatta genel hükümlerden farklı olarak ölüme bağlı tasarruflarda üçüncü kişinin hilesi bakımından karşı tarafın bu aldatmayı bilmesi veya bilmesinin gerekmesi şartı da aranmaz.⁵⁷ Son olarak, aldatmanın sözleşme-

⁵³ ANTALYA/ SAĞLAM (2016), s. 249, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1987), s. 319, ÖZTAN (2017), s. 227.

⁵⁴ BREITSCHMID, Peter: BSK ZGB II, Art. 469. In HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas (ed.): Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Basel, 2015, Art. 469 N 13.

⁵⁵ ARBEK (2013), s. 66, İMRE/ ERMAN (2015), s. 212, WEIMAR (2009), BernerKomm, Art. 469 N 27.

⁵⁶ EREN (1966), s. 41

⁵⁷ İMRE/ ERMAN (2015), s. 211- 212. Ancak hemen belirtilmelidir ki, öğretideki baskın görüşe göre, burada da vasiyetname ile miras sözleşmesi arasında bir ayırım yapılması gerekir. Buna göre, vasiyetnameden farklı olarak miras sözleşmesi yine genel hükümlere tabi olacaktır ve TBK m. 36 kuralı miras sözleşmesinde her iki taraf bakımından uygulama alanı

nin yapılmasına neden olması gerekir. Bu anlamda aldatmayla ölüme bağlı tasarruf arasında herhangi bir nedenselliğin bulunması yeterlidir.⁵⁸ Haksız etkileme hâlleri büyük oranda aldatmanın kavramsal çerçevesine oturmaktadır. Bu nedenle haksız etkilemeye vücut veren olaylarda çoğunlukla aldatma hükümlerine başvurulması mümkün gözükmektedir.⁵⁹ Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, *Common Law* hukuk sisteminde de haksız etkileme tarihsel olarak öncelikle aldatma kavramı çerçevesinde ele alınmış, daha sonra bağımsız bir irade sakatlığı olarak kabul edilmiştir. Ancak haksız etkilemeye vücut veren her olayda aldatma hükümlerine başvurmak mümkün değildir. Zira haksız etkileme hâlleri genellikle aldatmaya göre çok daha hafif ve dolaylı nitelik arz etmektedir. Şöyle ki haksız etkilemeye vücut veren olaylar silsilesi zamana yayılmış örtülü ve düşük ölçekte yönlendirmelerden ibaretir. Bu yönlendirmeler karşısında karşı tarafın iradesi zamanla gölgelenmektedir, puslanmaktadır. Zaten aldatmaya göre çok daha düşük ölçekteki bu yönlendirmelerin tasarrufta bulunan kişinin iradesini böylesine etkilemesi, genellikle onun dışarıdan gelen etkilere karşı hassas ve dayanıksız zihinsel durumundan ileri gelmektedir. Sözün özü, haksız etkileme teşkil eden hâller, miras bırakanın zayıf iradesi ile onun üzerinde nüfuz kullanan kişinin zamana yayılan etki hareketlerinin bir araya gelmesinden ileri gelir.

Son olarak, bir kişinin iradesi üzerinde yapılan tesir (etki) ile onun istenen irade beyanında bulunmadığı takdirde olumsuz bir duruma maruz kalacağı kanaatinin o kimsede uyandırılması, yani korkutma (tehdit, ikrah) veya onun fizik, maddi ve cismani bir baskı ve zorlamayla irade beyanında bulunmasının sağlanması yani zorlama (maddi cebir) da söz konusu olabilir.⁶⁰ Ölüme bağlı tasarruflarda tehdidin bir iptal sebebi olması için tehdit ile ölüme bağlı tasarruf arasında bir nedensellik bağı bulunması yeterlidir.⁶¹

bulacaktır. Buna göre, miras sözleşmelerinde üçüncü kişinin hilesi durumunda, karşı tarafın bu hileyi bilmesi veya bilmesi gerekir (TBK m. 36). **ANTALYA/ SAĞLAM (2016)**, s. 250, **ARBK (2013)**, s. 66-67, **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 1005, **ÖZTAN (2017)**, s. 229, 272, **TURAN (2009)**, s. 62.

⁵⁸ **ANTALYA/ SAĞLAM (2016)**, s. 250, **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 1005, **İMRE/ ERMAN (2015)**, s. 211- 212.

⁵⁹ Sözleşmeler hukukunda haksız etkileme hâllerinin aldatma hükümleri ile belirli bir orada çözülebileceği yönündeki değerlendirmeler için bkz. **SAĞLAM (2006)**, s. 696.

⁶⁰ **ANTALYA/ SAĞLAM (2016)**, s. 251, **ARBK (2013)**, s. 67, **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 1008.

⁶¹ **ANTALYA/ SAĞLAM (2016)**, s. 251, **ARBK (2013)**, s. 67, **DURAL/ ÖZ (2016)**, N

Ölüme bağlı tasarruflarda TBK m. 38 düzenlemesinden farklı olarak tehdidin hukuka aykırı olması da aranamaz, her tür ve dereceden tehdit miras bırakanın iradesini etkilemiş olması şartıyla iptale sebep olabilir.⁶² Bir başka deyişle, ölüme bağlı tasarruflarda tehdit sağlar arası işlemler bakımından olduğundan daha geniş yorumlanmaktadır.⁶³ Haksız etkileme hâllerinin pek çok defa korkutma kapsamına girebileceği söylenebilir. Şöyle ki, ileri yaşı veya bir hastalığı nedeniyle desteğe ihtiyacı olan miras bırakan, destek aldığı kişi veya kişilerce ölüme bağlı tasarrufta bulunmadığı takdirde bu destekten mahrum kalacağına açıkça inandırılmışsa, bu durumlarda korkutma hükümlerine başvurulması mümkündür.⁶⁴ Ancak yukarıda da belirtildiği üzere haksız etkilemeye vücut veren olaylar silsilesi korkutmaya göre örtülü ve düşük ölçektedir. Haksız etkileme teşkil eden olaylarda genellikle açık bir korkutma bulunmamakta ve fakat tasarrufta bulunan kişinin olumsuz bir durumda bulunduğu veya böyle bir duruma maruz kalacağı hissine kapılmasına sebebiyet verilmektedir.

İrade sakatlıkları sonucunda miras bırakan iptal sebebini öğrenmesinden veya korkutmanın veya zorlamanın etkilerinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde vasiyetnameyi geri alabilir⁶⁵ ya da miras sözleşmesini iptal edebilir.⁶⁶ Esasen bu süre herhangi bir bağlayıcılığı bulunmayan ve

1009, ÖZTAN (2017), s. 230, SEROZAN/ ENGİN (2018), § 4 N 59.

⁶² Aksi görüşte ÖZTAN (2017), s. 230. Yazara göre, tehdidin iptal sebebi sayılabilmesi için hukuka aykırı olması aranır. Öte yandan, öğretilde vasiyetname ile miras sözleşmesi bakımından ayırım yapan görüşe göre tehdidin hukuka aykırı olması sadece vasiyetname bakımından aranmaz. Buna karşılık, miras sözleşmesinde her iki taraf bakımından da genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, miras sözleşmesinde TBK m. 38 uyarınca tehdidin iptale sebep olabilmesi için ayrıca önemli ve yakın bir tehlikenin varlığı hakkında esaslı ve kanaat verici bir korku ve baskı doğurması aranır. ANTALYA/ SAĞLAM (2016), s. 251, ARBEK (2013), s. 67, DURAL/ ÖZ (2016), N 1009.

⁶³ SEROZAN/ ENGİN (2018), § 4 N 59.

⁶⁴ Yargıtay 2. HD 2.12.2004, E. 2004/12427, K. 2004/14388, Yargıtay 3. HD 14.1.2013, E. 2012/22612, K. 2013/10. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası www.kazanci.com.

⁶⁵ Vasiyetname her zaman TMK m. 542 uyarınca yeni bir vasiyetname düzenlemek suretiyle tamamen veya kısmen geri alınabilir.

⁶⁶ Miras sözleşmesinin ne şekilde iptal edileceğine ilişkin öğretilde dört farklı görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüşe göre, miras sözleşmesini ancak bir vasiyetname yaparak ortadan kaldırabilir. İkinci görüşe göre miras bırakanın TBK m. 39 uyarınca miras sözleşmesini iptal ettiğini karşı tarafa bildirmesi yeterlidir. Üçüncü görüşe göre ise miras bırakanın miras sözleşmesini ortadan kaldırmak için hem bir vasiyetname yapması hem de iptal beyanını karşı tarafa bildirmesi gerekmektedir. Öğretilde ileri sürülen son görüşe göre ise miras bırakanın

her zaman miras bırakan tarafından serbestçe geri alınması mümkün olan şekli anlamda tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar yani vasiyetnameler bakımından değil, miras sözleşmeleri bakımından önem arz etmektedir.⁶⁷ İrade sakatlıklarına maruz kalan, bu süre içinde iptal hakkını kullanmazsa, ölüme bağlı tasarruf onaylanmış sayılır (TMK m. 504) ve artık miras bırakanın ölümünden sonra mirasçılarının iptal hakkı bulunmaz.⁶⁸ Bu süre, hak düşürücü bir süredir.

Eğer miras bırakan sağlığında miras bırakan irade sakatlığını fark etmemişse veya bir nedenle ileri sürememişse veya bir yıllık süre dolmadan ölmüşse, ölüme bağlı tasarrufların iptalinde menfaati bulunan mirasçıları ve lehine vasiyet yapılan ilgililer, miras bırakanın ölümünden sonra 1 yıl ve her hâlde vasiyetnamelerde vasiyetnamenin açılmasından, miras sözleşmelerinde ise mirasın geçmesinden itibaren iyiniyetli davalılara karşı 10 yıl, kötüniyetli davalılara karşı 20 yıl içinde bu tasarrufların iptalini dava edebilirler (TMK m. 559).

Ancak hemen belirtilmelidir ki, aldatma, zorlama ve korkutma yoluyla yapılan ölüme bağlı tasarruf, bu eylemlerde bulunan kişinin lehine yapılmışsa, bu durumda aşağıda açıklanacağı üzere, bizzatıhi mirastan yoksunluk gündeme geleceğinden ölüme bağlı tasarruf kendiliğinden sona ermiş olacaktır.⁶⁹ Dolayısıyla ilgili kurguda ayrıca iptal davasının açılmasına gerek bulunmamaktadır.

Miras bırakanın iradesinin sakat olduğunu bilmesi hâlinde bu tasarrufu yapmayacak olduğu hususunun, bunu iddia eden kişi tarafından ispatı gerekecektir.⁷⁰ Ancak bu husus genellikle miras bırakanın ölümünden sonra gündeme gelecektir. Bu durumda iradesi sakatlanan ve bunu ispat edecek kişilerin farklı olmasından hareketle ölüme bağlı tasarruflarda irade sakatlıklarının tespiti ve mirasçılar tarafından da ispatı son derece güç olacağı da hatırdta tutulmalıdır.

yenilik doğuran bir dava açarak miras sözleşmesini mahkeme kararı ile sona erdirmesi gerekmektedir. Bkz. **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 1012.

⁶⁷ **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 1011, **EREN (1966)**, s. 92, **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 62.

⁶⁸ **BREITSCHMID (2015)**, BaslerKomm, ZGB II, Art. 469 N 19, **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 1010, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1987)**, s. 332, **ÖZTAN (2017)**, s. 236, **WEIMAR (2009)**, BernerKomm, Art. 469 N 1.

⁶⁹ **ÖZTAN (2017)**, s. 227-228, **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 5 N 48.

⁷⁰ **İMRE/ ERMAN (2015)**, s. 209.

3. Aşırı Yararlanma Hükümlerinin Uygulanabilirliği

İlk görünüşte, haksız etkilemenin olumsuz sonuçlarına “aşırı yararlanma” (gabin) kurumu vasıtasıyla bir çare üretilebileceği de düşünülebilir.⁷¹ Ancak ölüme bağlı tasarruflarda bu savunma sebebinden ne kadar yararlanılabileceği şüphelidir. Zira bilindiği üzere, aşırı yararlanma, en başta sözleşmede tarafların edimleri arasında açık oransızlık bulunmasına (objektif unsur) bağlı olarak söz konusu olmaktadır. İşbu nedenle aşırı yararlanma ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabilir.

Kanunda ölüme bağlı tasarruflarda aşırı yararlanmaya ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir.⁷² Dolayısıyla ölüme bağlı tasarruflarda aşırı yararlanma hâllerine genel nitelikli TBK m. 28 hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu olabilir.⁷³ Esasen ölüme bağlı tasarruflarda aşırı yararlanmanın sıklıkla gündeme gelmesi çok da olası değildir. Nitekim ölüme bağlı tasarruflarda özellikle tek taraflı bir hukuki işlem olan vasiyetname bakımından aşırı yararlanmadan bahsetmek mümkün değildir.⁷⁴

Ölüme bağlı tasarruflarda aşırı yararlanma ancak ivazlı miras sözleşmesinde söz konusu olabilecektir.⁷⁵ Oysa haksız etkileme olaylarında kimi zaman nüfuz kullanarak etkide bulunan kişi sözleşmenin karşı tarafı bile değildir. Bu durumda haksız etkilemeye konu olan olaylarının çoğunda aşırı yararlanma hükümlerinden faydalanmak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla

⁷¹ Sözleşmeler hukukunda haksız etkileme hâllerinin aşırı yararlanma hükümleri ile belirli bir orada çözülebileceği yönündeki değerlendirmeler için bkz. **SAĞLAM (2006)**, s. 691.

⁷² Esasen miras hükümlerinden karşılıklı edimler arasında baştan veya sonradan açık oransızlık bulunmasını düzenleyen aşırı yararlanma ve işlem temelinin çökmesi hâllerinin her ikisine de yer verilmemiştir. Bunun nedeni ölüme bağlı tasarruflar düzenlenirken vasiyetnamenin esas alınmış olması ve vasiyetnamede karşılıklı edimler arasında açık oransızlık bulunması mümkün olmamasıdır. Bkz. **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 61.

⁷³ **TURAN (2009)**, s. 72.

⁷⁴ **ARBEK (2013)**, s. 67, **BREITSCHMID (2015)**, BaslerKomm, ZGB II, Art. 469 N 17, **DURAL, Mustafa: Miras Sözleşmesi**, İstanbul, 1980, s. 288, **İMRE/ ERMAN (2015)**, s. 216, **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 61, **TURAN (2009)**, s. 72.

⁷⁵ **ARBEK (2013)**, s. 67, **DURAL (1980)**, s. 288-289, **İMRE/ ERMAN (2015)**, s. 216, **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 61. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, aşırı yararlanma hükümlerinden ancak sağlar arası ivazlı miras sözleşmelerinde sağlar arası edim borçlusu olan taraf ile ivazlı mirastan feragat sözleşmelerinde mirastan feragat eden taraf yararlanabilir. Bkz. **HATEMİ, Hüseyin: “Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?”** Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 189-193 (190).

la, aşırı yararlanmanın sadece ivazlı miras sözleşmesi bakımından sınırlı bir uygulama alanı olabilir.

Aşırı yararlanmanın objektif unsuru, edimler arasında “açık bir oransızlık bulunması” yani nüfuzunu kullanan tarafın karşı tarafın elde ettiğiyle karşılaştırıldığında aşırı bir menfaat elde etmesidir. Oysaki haksız etkileme bakımından sözleşmenin diğer tarafının “aşırı menfaat” elde etmesi şartı mutlak olarak aranmaz.

Öte yandan, edimler arasında açık oransızlık bulunması başlı başına sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Aşırı yararlanmanın ayrıca birtakım subjektif unsurları da bulunmaktadır. Buna göre, öncelikle söz konusu oransızlığın zarar görenin istismara elverişli, zayıf durumundan kaynaklanması gerekmektedir.⁷⁶ Bu istismara elverişli durumlar TBK m.28’de şu şekilde sayılmıştır: a) Zor durumda kalma hâli: (Maddi veya manevi) güç durumda, sıkıntıda olmak, b) Düşüncesizlik: Düşünmeden karar vermek, hareket etmek., c) Deneyimsizlik: Söz konusu sözleşme konusunda gerekli özel bilgiye sahip olmamak. Bunların yanı sıra, karşı tarafın zarar görenin istismara elverişli durumunu bilmesi ve bundan faydalanarak sözleşmeyi yapmış olması gerekmektedir. Bu son unsur da sömürme kastı olarak adlandırılabilir.

Haksız etkilemeye konu olan olaylarda zarar görenin istismara elverişli durumunun geniş yorumlanması gerekir. Zira haksız etkilemeye sebep olan olaylarda nüfuz altında kalan kişinin istismara elverişli durumu çoğu kez zor durumda kalma hâli, düşüncesizlik veya deneyimsizlikten değil kişinin içinde bulunduğu subjektif duygu durumundan ileri gelmektedir. Ama bu durum özellikle düşüncesizce hareket etmeye sevk edebilir.

Aşırı yararlanmanın şartları gerçekleştiğinde, zarar gören sözleşmeyi iptal edebileceği gibi sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki denge-sizliğin giderilmesini de talep edebilir.⁷⁷ Buna göre, ivazlı bir miras sözleşmesinde aşırı yararlanma hükümlerine başvurma hakkı sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunana aittir ve onun da uyarlama veya iptal haklarını sağlığında kullanması gerekecektir. Ancak haksız etkileme hâlinin gerçekleştiği ve bu suretle ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı çoğu kez nüfuz altında kalan kişinin

⁷⁶ Bu şartlar için bkz. **DURAL (1980)**, s. 289.

⁷⁷ Bu konuda bkz. **NOMER Hâluk Nami**: “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, 2015, s.637-650.

ölümünden sonra ortaya çıkacağından ancak mirasçılar tarafından iptal davası açılması bir anlam taşıyacaktır.⁷⁸ Tüm bu değerlendirmeler ışığında ölüme bağlı tasarruflarda haksız etkileme bakımından aşırı yararlanma hükümlerinin tam olarak uygulanmasının mümkün olduğunu söylemek oldukça güçtür.

4. Ahlaka Aykırılık Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Haksız etkileme hâlleri bakımından yaygın olarak düşünülen bir diğer geçersizlik sebebi ise ahlaka aykırılıktır. Bilindiği üzere, en başta ahlak ve sonrasında ahlaka aykırılık kavramları⁷⁹ son derece takdiri, değişken ve muğlak özellik göstermektedir. Bu nedenle de haksız etkileme durumlarında en sık başvurulabilecek kavramlardan biridir.

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 557/III uyarınca “ölüme bağlı tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlaka aykırı ise, böyle bir ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açılabilir.” Buna göre, ahlaka aykırılık ölüme bağlı tasarrufun saikinde, yani amacında olabileceği gibi konusunda da olabilir.⁸⁰

Bu noktada aranan bir diğer koşul ise lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan kişinin, bu tasarruftan ve onun esaslı şartlarından haberdar olmasıdır.⁸¹ Kural olarak ahlaka aykırılıktan bahsedebilmek için, ahlaka aykırı amacın ya her iki tarafça da güdülmesi, ya da bir tarafın ahlaka aykırı amacının diğer tarafça bilinmesi gerekmektedir. Ancak ölüme bağlı tasarrufların bütün türleri bakımından ahlaka aykırılığa daha esnek yaklaşılmaktadır. Öyle ki, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişide özel olarak ahlaka aykırılık bilinci aranmaz.⁸²

⁷⁸ Miras sözleşmesinde kararlaştırılan feragat bedelinin aşırı yüksek olması durumunda saklı paylı mirasçıların miras bırakanın ölümünden sonra tenkis davası açması da mümkündür (TMK m. 565/II). Bkz. **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 61.

⁷⁹ Genel olarak ahlak ve ahlaka aykırılık kavramları için bkz. **HATEMİ, Hüseyin:** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul, 1976, s. 114 vd., **KAPANCI, Kadir Berk:** Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II), İstanbul, 2016, s. 14 vd.

⁸⁰ Her ne kadar haksız etkileme durumları bakımından söz konusu olmasa da TMK m. 557/ II uyarınca ahlaka aykırılık ölüme bağlı tasarrufun bağlandığı koşulda veya yüklemeye de olabilir.

⁸¹ **FORNI/ PIATTI**, BSK ZGB II, Art. 519/520 N 21, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1987)**, s. 334-335, **TURAN (2009)**, s. 81.

⁸² **ANTALYA/ SAĞLAM (2016)**, s. 252, **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 1013, **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 69.

Ahlaka aykırılığın tespitinde ölüme bağlı tasarrufun yürürlüğe girdiği miras bırakanın ölüm anı dikkate alınır ve bu tespit objektif bir değerlendirmeye tabi tutularak yapılır.⁸³

İşte bir kişinin miras bırakana olan manevi yakınlığını veya bakıma, yardıma muhtaç miras bırakanın kendisine olan bağımlılığını istismar etmek veya onu etkilemek suretiyle menfaat elde etmesi bu anlamda ahlaka aykırı sayılabilecektir.⁸⁴ Bir başka deyişle, miras bırakan güven ilişkisi içinde olduğu doktoruna, hemşiresine, avukatına veya sürekli danıştığı din adamına yaptığı tasarrufları etki altında ve serbest iradesi olmaksızın yapmışsa, bu tasarruflar ahlaka aykırı sayılacaktır.⁸⁵ Bu durumlarda ahlaka aykırılık miras bırakanın yararına bir etki doğurmaktadır.⁸⁶

Ölüme bağlı tasarruflarda ahlaka aykırılığın yaptırımını iptal edilebilirlik.⁸⁷ Bu iptal hakkı yaşamında miras bırakan tarafından yenilik doğuran bir irade açıklamasıyla veya onun ölüme bağlı tasarrufun iptalinde menfaati olan mirasçılar tarafından miras bırakanın ölümünden sonra dava açılarak kullanılabilir. Oysa bilindiği üzere, sağlar arası hukuki işlemlerde ahlaka aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür.⁸⁸ Ölüme bağlı tasarruflarda kesin

⁸³ ANTALYA/ SAĞLAM (2016), s. 251-252, EREN (1966), s. 108, ÖZTAN (2017), s. 231, SEROZAN/ ENGİN (2018), § 4 N 69, TURAN (2009), s. 83.

⁸⁴ EREN (1966), s. 58, ÖZTAN (2017), s. 231, SEROZAN/ ENGİN (2018), § 4 N 69c, TURAN (2009), s. 81.

⁸⁵ EREN (1966), s. 58, ÖZTAN (2017), s. 231, SEROZAN/ ENGİN (2018), § 4 N 69c, TURAN (2009), s. 81.

⁸⁶ SEROZAN/ ENGİN (2018), § 4 N 69a.

⁸⁷ EREN (1966), s. 55.

⁸⁸ Haksız etkileme ölüme bağlı tasarruflar dışında bir alanda da gündeme gelebilir. Bunun tipik örneği olarak aldatıcı reklamlar gösterilebilir (Bkz. SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm ve Kişiler Hukuku, İstanbul, 2017, III § 7 N 16). Bu durumda haksız etkileme ile ahlaka aykırılık hükümleri ile mücadele edilmesi pek uygun olmayabilir. Zira, bilindiği üzere, TBK m. 27 uyarınca hukuki işlemin ahlaka aykırılığının yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlük yaptırımını kişiyi kendi iradesine karşı bile korumakta olan çok güçlü bir yaptırımdır. Ancak haksız etkilemeye maruz kalarak dahi yapmış olsa, kişi bu hukuki işlemle bağlı kalmayı arzu edebilecektir. Bu durumda, kamu düzeninin gerektirdiği ve kanunda öngörülen özel durumlar dışında kanaatimizce kesin hükümsüzlük yaptırımını kıyasen uygulamak pek uygun bir çözüm olmayacaktır. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, ölüme bağlı tasarruflarda ahlaka aykırılığın koşulları bakımından da daha esnek davranılmaktadır. Şöyle ki, normal koşullarda tarafların her ikisi bakımından da aranan ahlaka aykırılık bilinci ölüme bağlı tasarruflarda bu kadar sıkı olarak aranmamaktadır. Bu bakımdan ölüme bağlı tasarruflar dışında kalan bir alanda gerçekleşen haksız etkileme durumlarına

hükümsüzlük yerine iptal yaptırımının öngörülmesi öğretide eleştirilmiş ve gerek miras bırakanın sağlığında gerekse de ölümünden sonra ahlaka aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak öngören genel nitelikli Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27 hükmüne üstünlük tanıyarak ölüme bağlı tasarruflarda da sağlar arasındaki hukuki işlemlerde olduğu gibi ahlaka aykırılığı kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmak gerektiği, aksinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği ileri sürülmüştür.⁸⁹ Nitekim iptal süresinin geçmesi üzerine ölüme bağlı tasarruf ahlaka aykırı olmasına rağmen geçerlilik kazanacaktır. Bu da esasen kamu düzenini korumayı amaçlayan ahlaka aykırılığın mantığına ters bir sonuç ortaya koymaktadır. Bu görüşün kabulü hâlinde haksız etkileme hâllerinde haksız etkileme hâllerinin ahlaka aykırılık teşkil edeceğini kabul etmek pek uygun olmayacaktır. Zira kesin hükümsüzlük yaptırımı kişiyi kendi iradesine karşı bile korumakta olan çok güçlü bir yaptırımdır. Oysa haksız etkilemeye rağmen tasarrufta bulunan bu hukuki işlemle bağlı kalmayı arzu edebilecektir. Aynı şekilde tasarrufta bırakanın yasal mirasçılarının da miras bırakanın tasarrufunun etki altında yapıldığını ileri sürmek yerine onun bu son arzusuna saygı göstermeyi tercih etmeleri de mümkündür.

Ahlaka aykırılığın kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmasını savunan görüş, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Zira bu görüşün kabulü kanunun açık lafzına aykırı olacaktır. Bu da hukuk güvenliği ilkesini tehdit edecektir. Kaldı ki, ölüme bağlı tasarruflarda ahlaka aykırılığın iptal edilebilir yaptırımına bağlanması *favor testamenti* (vasiyetname lehine yorum) ilkesine uygundur.⁹⁰

gerek şartları gerekse de sonuçları bakımından ahlaka aykırılığın uygulanması pek mümkün görülmemektedir.

⁸⁹ ANTALYA/ SAĞLAM (2016), s. 254, DURAL/ ÖZ (2016), N 1014, KOCAYUSUFPA-ŞAOĞLU (1987), s. 336, TURAN (2009), s. 81. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise ancak ölüme bağlı tasarrufun veya tasarrufun bağlı olduğu şartın konusu ahlaka aykırı ise yaptırımı kesin hükümsüzlük olmalıdır. Buna karşılık, vasiyetnamede işlem temeli olarak nitelendirilecek saik, miras sözleşmesinde ise ortak amaç ahlaka aykırı ise iptal sebebi sayılmalıdır. HATEMİ (2018), § 6 N 28 – 30.

⁹⁰ *Favor testamenti* ilkesi uyarınca ölüme bağlı tasarruflarda miras bırakanın son arzularının gerçekleşmesini sağlamak için vasiyetnameyi ayakta tutmaya üstünlük tanınmalıdır. Bu konuda bkz. ANTALYA/ SAĞLAM (2015), s. 237, DURAL/ ÖZ (2016), N 979, ERGÜNE (2011), s. 74 vd., HATEMİ (2018), § 10 N 4, İMRE/ ERMAN (2015), s. 117, SEROZAN/ ENGİN (2018), § 4 N 25.

5. Mirastan Yoksunluk Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Son olarak, haksız etkileme hâllerinde mirastan yoksunluk hükümlerinden de fayda sağlanması düşünülebilir. TMK m. 578’de sayılan davranışlardan (mirastan yoksunluk sebeplerinden) birini sergileyen kişi, bu davranışlara maruz kalan miras bırakanın ne yasal mirasçısı ne iradi mirasçısı ne de vasiyet alacaklısı veya yükleme (mükellefiyet) lehdarı olabilecektir. Bir başka ifadeyle miras bırakanın mirasından tamamen mahrum kalacaktır. Mirastan yoksun kalan kimse, kanun gereği, hiçbir irade beyanında bulunmaya veya dava açmaya gerek olmaksızın kendiliğinden mirasçılık veya vasiyet alacaklısı sıfatını yitirecektir.⁹¹ Burada sadece ilgililerin mirastan yoksunluğun tespiti için dava açması gündeme gelebilir.

İşte TMK m. 578’de sayılan mirastan yoksunluk sebeplerinden biri de miras bırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmanı veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlamak veya engellemektir. Ancak bu mirastan yoksunluk sebebinin varlık bulabilmesi için söz konusu fiillerin etkisinin miras bırakanın ölümüne kadar devam etmesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir.⁹² Buna göre, aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla yapılan ölüme bağlı tasarruf bu eylemlerde bulunan kişinin lehine yapılmışsa, bu durumda mirastan yoksunluk gündeme gelecek ve fakat üçüncü bir kişinin lehine yapılmışsa, bu durumda tasarrufun irade sakatlığı hükümlerine başvurulacaktır.

Haksız etkilemeye vücut veren olaylar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Nitekim İsviçre’de de Federal Mahkeme haksız etkilemeye vücut veren bir olayı bu kapsamda ele almıştır.⁹³ Söz konusu karara konu olan olayda dul ve çocuksuz yaşlı bir kadının avukatı, son zamanlarında yaşlı kadını sıklıkla ziyaret ederek, onunla işinin gerektirdiği işler dışında da yakından ilgilenmiş, bunun üzerine yaşlı kadın da avukatı yararına yüklü bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmuştur. Federal Mahkeme, avukatın kendisi lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufu öğrendikten sonra miras bırakanı aralarındaki ilişkinin

⁹¹ DURAL/ ÖZ (2016), N 643, ENGİN, Baki İlkay: Mirastan Yoksunluk, İstanbul, 2010, s. 168, İMRE/ ERMAN (2015), s. 312, ÖZTAN (2017), s. 268, SEROZAN/ ENGİN (2018), § 5 N 51.

⁹² SEROZAN/ ENGİN (2018), § 5 N 47.

⁹³ BGE 132 III 305. Karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. ENGİN (2010), s. 141 vd., SEROZAN/ ENGİN (2018), § 5 N 46a.

gerçek temeli hakkında uyarması gerektiğinden hareket etmiş ve avukatı mirastan yoksun saymıştır.

IV. SONUÇ

İleri yaşlardaki bireyler duygularının etkisiyle kendi üzerlerinde şu veya bu şekilde nüfuz kullanan kişiler karşısında korunmaya muhtaçtırlar. Görüldüğü üzere, ileri yaşlardaki bireylerin etki altında kalarak yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflara karşı ehliyetsizlik, irade sakatlığı, ahlaka aykırılık veya aşırı yararlanma hükümlerinden yararlanmak ilk anda akla gelmektedir. Ancak yasal öğelerinin eksikliği yüzünden tam anlamıyla ne ehliyetsizlik ne irade sakatlığı ne ahlaka aykırılık ne de aşırı yararlanma vaka bazı değerlendirmelerde yapıldığında haksız etkilemeye karşı gerçek anlamda tek başına tam bir savunma sağlamaktadır. Yani haksız etkilemeye vücut veren olaylarda bazen ehliyetsizlik, bazen irade sakatlığı, bazen ahlaka aykırılık bazen de aşırı yararlanma oluşabilir. Çoğu zaman sadece tek bir sebepten bahsetmek zor olacağından haksız etkileme hâllerinin tam adını koymak da zordur.

Yine de ileri yaşlardaki bireylerin ölüme bağlı tasarruflarının bu savunma sebepleri bakımından titizlikle denetlenmesi gerekir. Diğer yandan, belirli bir yaştan sonra düzenlenen ölüme bağlı tasarruflar için resmi şekil şartı aranması da, kısmen de olsa, ileri yaşlardaki bireylerin haksız etkileme durumlarına karşı korumayı amaçlamaktadır.⁹⁴ Bu hükümden de ayrıca yarar sağlanabilir.

Hiç şüphesiz, özellikle ileri yaşlardaki bireylerin, nüfuzun kötüye kullanılması yoluyla haksız etkileme durumlarına karşı korunmasında en sağlam çözüm haksız etkilemenin ölüme bağlı tasarruflar açısından ayrı bir iptal nedeni olarak öngörülmesi olurdu.⁹⁵ Ancak maalesef *Common Law* hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukukunda haksız etkileme ayrı ve özel bir geçersizlik nedeni olarak kabul edilmemiştir. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi haksız etkileme teşkil eden hâllerde kimi zaman ehliyetsizliğin, kimi zaman aldatmanın, kimi zaman korkutmanın ve kimi zaman da ahlaka aykırılığın şartlarının gerçekleşmesi mümkündür. Hiç şüphesiz haksız etkileme teşkil

⁹⁴ Ölüme bağlı tasarruflardaki şekil düzenlemeleri hakkında bkz. **ANTALYA/ SAĞLAM (2015)**, s. 120 vd., **DURAL/ ÖZ (2016)**, N 308 vd., **HATEMİ (2018)**, § 7 N 1 vd., **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 75 vd.

⁹⁵ Aynı yönde **SEROZAN/ ENGİN (2018)**, § 4 N 60a.

eden hâller aynı zamanda bu iptal geçersizlik nedenlerinden birinin uygulama alanına giriyorsa, ilgili hüküm doğrudan uygulanacaktır. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, çoğunlukla bu hükümlerin haksız etkilene hâllerini de kapsayacak şekilde uygulanabilmeleri için geniş yorumlanmaları gerekmektedir.

Öte yandan, haksız etkilene hâllerinde bu geçersizlik nedenlerinden hiçbirinin şartlarının tam olarak gerçekleşmemesi de olasıdır. Nitekim Türk hukukunda bütün haksız etkilene hâllerini tek başına şemsiye altına alacak bir hüküm yoktur, yani bu konuda açık bir boşluk bulunmaktadır. Kanunda açık boşluğun bulunduğu hâllerde, bilindiği üzere, hâkim TMK m. 1 uyarınca diğer hukuk kaynaklarına başvuracaktır.⁹⁶ Buna göre, hâkim önce örf ve âdet hukukunda bir kural bulunup bulunmadığını araştırarak, böyle bir kural mevcutsa boşluğu bununla dolduracaktır. Örf ve âdet kuralının bulunmadığı durumlarda hâkim kendisi adeta bir yasa koyucu gibi hareket ederek soyut ve genel mahiyette bir hukuk kuralı yaratacak ve somut durumdaki sorunu bu kuralla çözecektir. Açık boşluk karşısında hâkim hukuk yaratırken öncelikle kıyas yönteminden yararlanacaktır.⁹⁷ Kıyas, korunan menfaatler açısından birbirine benzerlik gösteren iki hukuki olgu arasında bir köprü oluşturmak suretiyle bu olgulardan biri için getirilen düzenlemeyi diğerine aktarmaktır.⁹⁸ Böylece kıyas yoluyla bir hukuki olgu diğerine bağlanacak ve dürüstlük kuralı (TMK m. 2) çerçevesinde çözüme ulaşılmaya çalışılacaktır. Kural kıyası (Basit kıyas/ *Gesetzeanalogie*) olarak adlandırılan bu yöntemde yasanın başka bir yerinde düzenlenmiş olan benzer bir sorunun çözümünden faydalanılmaktadır.⁹⁹ Şüphesiz bu çözümden faydalanılırken, hâlihazırdaki

⁹⁶ **ANTALYA, O. Gökhan/ TOPUZ, Murat:** Medeni Hukuka Giriş, Temel Kavramlar- Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2017, s. 255, **DURAL, Mustafa/ SARI, Suat:** Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2016, N 870, **OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami:** Medeni Hukuk, İstanbul, 2016, N 345, **SEROZAN (2017), I § 5 N 28, SEROZAN, (2017), Yöntem, § 2 N 259.**

⁹⁷ **ANTALYA / TOPUZ (2017), s. 270, DURAL/ SARI (2016), N 887, OĞUZMAN/ BARLAS (2016), N 383, SEROZAN (2017), I § 5 N 28.**

⁹⁸ **OĞUZMAN/ BARLAS (2016), N 303, SEROZAN (2017), I § 5 N 5, SEROZAN, (2017), Yöntem, § 2 N 188.**

⁹⁹ **EMMENEGGER, Susan/ TSCHENTSCHER, Axel:** Artikel 1 ZGB in: HAUSHEER, Heins/ WALTER, Hans Peter (Hrsg.): (Berner Kommentar) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1-9 ZGB Band I. Einleitung und Personenrecht. 1. Abteilung, Bern, 2012, ZGB Art. 1 N 382, **KRAMER, Ernst A.:** Juristische Methodenlehre, Bern, 2010, s. 197, **LARENZ, Karl:** Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1991, s. 383, **SEROZAN (2017), I § 5 N 36, SEROZAN, (2017), Yöntem, § 1 N 22a.**

sorunun bünyesine uyduğu ölçüde, bir mantık süzgecinden geçirilerek aktarım yapılmalıdır. İşte Türk hukukunda da özel olarak düzenlenmemiş olan haksız etkileme durumlarına yukarıda açıklandığı üzere, durumun özelliklerine göre ehliyetsizlik, aldatma, korkutma veya ahlaka aykırılık hükümlerinin bu sefer de kıyasen uygulanması söz konusu olabilir.

Bu noktada hâkimin başvurabileceği bir diğer yöntem ise kanunun ruhundan veya hukuki kıyas yönteminden yararlanmaktır.¹⁰⁰ Hukuki kıyas (Toplu kıyas/ İlke kıyası/ *Rechtsanalogie*) yöntemi kanun boşluğunun, kanunun ruhundan yani birden fazla münferit yasa kuralından ortak, genel ve temel bir ilke yaratılarak doldurulmasıdır.¹⁰¹ Bir başka deyişle, birbirine paralel birden fazla kanun maddesinin hukuksal sonuçlarından bir genelleme oluşturulması ve daha sonra bu normun özel duruma (olaya) uygulanmasıdır.¹⁰² Hukuki kıyasta, kural kıyasından farklı olarak tek bir madde değil, aynı hukuki sonucu doğuran birden fazla norm ele alınır ve bu normların toplu olarak analizinden genel bir kural elde edilir.¹⁰³ İşte haksız etkileme teşkil eden durumlar bakımından hukuki kıyas yöntemine başvurmak da pekâlâ düşünülebilir. Buna göre, ölüme bağlı tasarruflar bakımından ehliyet ve irade sakatlıklarını özel olarak düzenleyen kanun koyucunun temel amacı miras bırakanın irade özerkliğini korumaktır. Bu hükümlerde de temel itibarıyla bir kişinin dışardan gelen etkilere ve yönlendirmelere karşı direnme gücü (ayırt etme gücü) ile iradesinin bu etkilere bağlı olarak sakatlanması (aldatma ve korkutma) durumlarına karşı iptal sebebi olarak öngörülmüştür. Bu noktada Avusturya hukukunda benimsenen kum yığını öğretisinden (*Sandhaufentheorem*) faydalanılması da gündeme gelebilir. Kum yığını öğretisi öğelerden birinin zayıflığının dürüstlük kuralı süzgecinden geçirilerek başka bir öğenin ağırlığı ile kapatılmasıdır.¹⁰⁴ Buna göre, ehliyetsizlik,

¹⁰⁰ Öğretide bir görüşe göre kıyas veya öncelikle uygulanabilecek bir hüküm bulunmaması halinde, burada kanunda bulunan bir hükümden genişletici yorum yoluyla yararlanılmaktadır. **DURAL/ SARI (2016)**, N 890.

¹⁰¹ **EMMENEGGER/ TSCHENTSCHER (2012)**, ZGB Art. 1 N 383, **KRAMER (2010)**, s. 198, **LARENZ (1991)**, s. 384, **SEROZAN (2017)**, I § 5 N 36, **SEROZAN, (2017)**, Yöntem, § 2 N 273.

¹⁰² **KRAMER (2010)**, s. 199.

¹⁰³ **EMMENEGGER/ TSCHENTSCHER (2012)**, ZGB Art. 1 N 383, **LARENZ (1991)**, s. 384.

¹⁰⁴ Öğretide bu yöntem, aşırı yararlanma için kabul edilmektedir. Buna göre, aşırı yararlanmanın şartlarından biri çok yoğun ve güçlü olarak gerçekleştiğinde, diğer şartlar veya bunlardan

aldatma, korkutma ve ahlaka aykırılığın eksik kalmış, tam sağlanamamış öğeleri, başka bir öğenin fazlalığı ya da bu farklı sebeplerin diğer öğelerinin üst üste yığılması ile dürüstlük kuralı süzgecinden geçirilerek tamamlanabilir.¹⁰⁵ Böylece haksız etkilemenin ölüme bağlı tasarrufların iptaline sebep olması düşünülebilir.

İşte Türk hukukunda özel olarak düzenlenmemiş olan haksız etkileme durumlarında ehliyetsizlik, aldatma, korkutma, ahlaka aykırılık veya mirastan yoksunluk hükümlerinin şartları olduğu sürece doğrudan uygulanması suretiyle, bu yollara başvurmak için gereken şartlar oluşmadığında ise farklı kıyas yöntemlerinden faydalanılarak bir çözüm sağlanması mümkündür. Ancak haksız etkileme hâlleri ile mücadele çok dikkatli yapılmalı, olayın tüm yönleri titizlikle araştırılmalı ve son tahlilde miras bırakanın iradesine üstünlük verilmelidir. Aksi takdirde miras bırakanın haksız etkilemeye karşı korunması, ölüme bağlı tasarruflara yasal mirasçılar lehine yersiz bir müdahaleye dönüşebilir. Bu da yasal mirasçılarının haksız yere korunması tehlikesini beraberinde getirir.¹⁰⁶ Unutulmamalıdır ki, haksız etkileme öğretisi saklı paylı mirasçılığın bulunmadığı *Common Law* hukuk sistemlerinde geliştirilmiştir. Bizim sistemimizde ise (belirli) yasal mirasçılarının miras beklentileri zaten saklı paylı mirasçılık sistemi ile korunmaktadır.¹⁰⁷ O hâlde sözlerimizi şöyle sonlandıralım: Haksız etkileme ile mücadele miras bırakanın iradesini “miras avcılarından” korumaya hizmet etmelidir, yoksa yasal mirasçılarının “miras avcılığına” değil.

bir tanesi hiç gerçekleşmemiş olsa bile, aşırı yararlanma sebebiyle iptal hakkı yine de doğar. Örneğin, karşılıklı edimler arasındaki oransızlık olağanüstü ölçüde yüksek ise, aşırı yararlanmanın sübjektif şartlarının olayda mevcut bulunmamasına rağmen, aşırı yararlanma var sayılır. **SEROZAN, (2017)**, Yöntem, § 2 N 215.

¹⁰⁵ Aynı yönde **SEROZAN (2015)**, s. 555.

¹⁰⁶ **SEROZAN (2015)**, s. 555.

¹⁰⁷ Kaldı ki, haksız etkileme öğretisi, kötüye kullanıma tehlikeleri nedeniyle *Common Law* hukuk sistemlerinde dahi eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz. **HIRSCH (2017)**, s. 348 vd.

KAYNAKÇA

- AMERICAN LAW INSTITUTE: **Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers**, 2003.
- ANTALYA, O. Gökhan/ SAĞLAM, İpek: **Miras Hukuku**, İstanbul, 2016.
- ANTALYA, O. Gökhan/ TOPUZ, Murat: **Medeni Hukuka Giriş, Temel Kavramlar - Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2017.
- ARBEK, Ömer: **Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi**, Ankara, 2013.
- BREITSCHMID, Peter: BSK ZGB II, Art. 469. In HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas (ed.): **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, Basel, 2015.
- DURAL, Mustafa: **Miras Sözleşmesi**, İstanbul, 1980.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan: **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2016.
- DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut: **Miras Hukuku**, İstanbul, 2016.
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat: **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2016.
- EMMENEGGER, Susan/ TSCHENTSCHER, Axel: Artikel 1 ZGB in: HAUSHEER, Heins/ WALTER, Hans Peter (Hrsg.): **(Berner Kommentar) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1-9 ZGB Band I. Einleitung und Personenrecht. 1. Abteilung**, Bern, 2012.
- ENGİN, Baki İlkay: **Mirastan Yoksunluk**, İstanbul, 2010.
- EREN, Fikret: **Türk Hukuku'nda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası**, Ankara, 1966.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, 2011.
- FORNI, Rolando/ PIATTI, Giorgio: BSK ZGB II, Art. 519/520 in: HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas (Hrsg.): **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, Basel, 2015.
- FROLIK, Lawrence A.: "The Biological Roots of the Undue Influence Doctrine: What's Love Got to do with It?", **University of Pittsburg Law Review**, Volume 57, 1996, s. 841-882.
- HATEMİ, Hüseyin: "Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?" **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, 2004, s. 189-193.

HATEMİ, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)**, İstanbul, 1976.

HATEMİ, Hüseyin: **Miras Hukuku**, İstanbul, 2018.

HELVACI, İlhan: “Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’ın 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt: 2, İstanbul, 2002, s. 1113-1150.

HIRSCH, Adam J.: “Testation and the Mind”, **Washington and Lee Law Review**, Volume 74, Issue 1, 2017, s. 285-367.

İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, İstanbul, 2015.

KAPANCI, Kadir Berk: **Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)**, İstanbul, 2016.

KARAYALÇIN, Yaşar: “İngiliz Hukukunda “Trust” ve Avrupa Hukuku Terim – Kavram- Temek Trust Modeli- Uygulamalar – Hukuk Alanında Gelişmeler”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, Ankara, 1998, s. 651- 687.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Miras Hukuku**, İstanbul, 1987.

KRAMER, Ernst A.: **Juristische Methodenlehre**, Bern, 2010.

LARENZ, Karl: **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Heidelberg, 1991.

MADOFF, Roy D.: “Unmasking Undue Influence”, **Minnesota Law Review**, 81, 1997, s. 571-630.

MEHTA, Sonal/ HERATH, Priyantha: **Mild Cognitive Impairment**, 2018 (Çevirimiçi 17 Mayıs 2018 <https://emedicine.medscape.com/article/1136393-overview>)

NOMER Hâluk Nami: “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, 2015, s.637-650.

OĞUZ, Arzu: **Karşılaştırmalı Hukuk**, Ankara, 2003.

OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami: **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2016.

OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul, 2016.

ÖZ, Turgut: “Parçalanmış bir Mülkiyet: Trust”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt II**, İstanbul, 2010, s. 1425-1444.

ÖZTAN, Bilge: **Miras Hukuku**, Ankara, 2017.

PARRY, Clive (Çeviren: Fadıl SUR): “İngiliz Hukuk Sistemi” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1 Sayı: 3, Ankara, 1944, s.442-458.

RENDELL, Catherina: **Law of Succession**, London, 1997.

SAĞLAM, İpek: “Haksız Etki”, **Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı Prof. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, Cilt: 12, Sayı: 1-3, İstanbul, 2006, s. 687-699.

SAMUEL, Geoffrey: “Common Law”, **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, Cheltenham, UK, 2006.

SCALISE, Ronald J.: “Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Volume: 19:41, 2008, s. 41-106.

SEROZAN Rona (Çeviren: Meliha Sermin PAKSOY), “Miras Hukukunun Gelişim Süreci Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** Cilt: LXXIII, Sayı: 1, İstanbul, 2015, s. 531-559.

SEROZAN, Rona: **Hukukta Yöntem- Mantık**, İstanbul, 2017.

SEROZAN, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm ve Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2017.

SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay: **Miras Hukuku**, İstanbul, 2018.

SUNGURBEY, İsmet: **Medeni Hukuk Sorunları Altıncı Cilt**, İstanbul, 1994.

TURAN, Gamze: **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü**, Ankara, 2009.

WEIMAR, Peter: **(Berner Kommentar) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB**, Bern, 2009.

YAVUZ, Cevdet/ ERLÜLE, Fulya/ TOPUZ, Murat: **Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku**, İstanbul, 2017.

Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu

Dr. Berk DEMİRKOL *

Öz: Uluslararası İşgücü Kanunu 2016 yılında yürürlüğe girdi. Bu yeni kanun, Türk hukukunda yabancıların çalışma izni türü konusunu, son yıllarda giderek artan göç hareketleri sonucu ortaya çıkan Türkiye’nin yeni sosyal, siyasî ve ekonomik durumuna göre düzenlemektedir. Yeni kanunda Türkiye’nin ihtiyaç duyduğu kaliteli işgücünün ve sermayenin Türkiye’ye akışının kolaylaştırılmasına yönelik çeşitli yöntemler benimsenmiştir. Bu kapsamda, yeni bir çalışma türü olarak Turkuaz Kart uygulaması yürürlüğe konmuş, bağımsız çalışma iznine ilişkin düzenlemeler yeniden ele alınmıştır. Bunun dışında, yeni kanun yabancıların çalışma izni başvurularında dikkate alınacak kriterlerde önemli değişiklikler getirmiştir. Buna göre, çalışma izninin verilebilmesi için başvurunun idare tarafından belirlenecek uluslararası işgücü politikası ve buna uygun geliştirilecek puanlama sistemine uygun olması gerekmektedir. Bu makale, yeni kanunun getirdiği yenilikleri inceleyip Kanun’un yoruma ve eleştiriye açık düzenlemelerini tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yabancılar hukuku, Uluslararası İşgücü Kanunu, çalışma izni, çalışma izni muafiyeti, Turkuaz Kart.

Working in Turkey for Foreigners and the Act on International Labour

Abstract: International Labour Act entered into force in 2016. This new law regulates the requirement of work permit in Turkish law in compliance with social, political and economic circumstances in Turkey, which have been formed as a result of recently increased immigration movements. The new law adopts several features that would catalyze qualified labour force and capital to flow towards Turkey. In this respect,

* Makale gönderim tarihi: 05.11.2017. Makale kabul tarihi: 07.06.2018.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi; PhD (Cambridge); LL.M (MIDS-Geneva); LL.M (Galatasaray); LL.B (Galatasaray). (bdemirkol@gmail.com)

Konunun belirlenmesinde görüş ve önerilerini benimle paylaşan Yard. Doç. Dr. Candan Yaşan Tepetaş’a en içten teşekkürlerimi sunarım.

a new work permit scheme, which is called “Turquoise Card”, has been introduced and the provisions concerning entrepreneurial work permit have been modernised. Besides, the application requirements for work permit have been substantially modified in a way which enables the administration having a more flexible role: the administration will evaluate the application according to the international labour politics it adopts and a point-based system it will determine. This piece analyses the novel features of the new law and discusses the issues that are open to interpretation and criticism in this law.

Keywords: Law of aliens, International Labour Act, work permit, exemptions from work permit, Turquoise Card.

GİRİŞ

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK), UİK m. 28 uyarınca Resmi Gazete’de yayımlandığı tarih olan 13 Ağustos 2016’da yürürlüğe girdi.¹ 28 Temmuz 2016’da Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilip yasalaşan kanun tasarısı, gerekçesi ile, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlandıktan sonra, Bakanlar Kurulu tarafından 22 Haziran 2016’da Meclis’e gönderilmişti.²

Uluslararası İşgücü Kanunu, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’un³ yerini almıştır. UİK m. 26’ya göre, mevzuatta Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’a yapılan atıflar, Uluslararası İşgücü Kanunu’na yapılmış sayılacaktır. Uluslararası İşgücü Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (UİK m. 27(7)).

Yeni bir kanuna ihtiyaç duyulmasının en önemli sebebi,⁴ Türkiye’yle ilgili göç hareketlerinin zaman içinde değişmesidir.⁵ Tasarı’nın Genel Gerek-

¹ Resmi Gazete sayı: 29800.

² UİK Tasarısı ve Genel Gerekçe ile Madde Gerekçeleri için, bkz. “<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf>” (erişim tarihi: 20 Ocak 2018).

³ Genel yürürlük tarihi: 27 Ağustos 2003; Resmi Gazete sayı: 25040.

⁴ Doktrinde, yeni bir kanun yapılmasının arkasındaki bir diğer önemli sebebin de, başta Dünya Ticaret Örgütü nezdinde verilen taahhütler ile Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmaları olmak üzere, Türkiye’nin, ikili ve çok taraflı anlaşmalar uyarınca, yabancıların işgücü piyasasına girişinin kolaylaştırılması yükümlülükleri olduğu belirtilmiştir. Bu yönde, bkz. Sibel Mehter Aykın / Necla Öztürk, ‘Türkiye İşgücü Piyasasında Serbestleşme ve Yabancı İstihdamı: Taahhütlerde İlerleme’ (Ekim 2017) 13 *İğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 623, s. 626.

⁵ Göç hareketliliği nedeniyle, sadece yabancıların çalışmasına ilişkin kurallar değil, genel olarak Türk yabancılar hukuku son yıllarda yenilenmiştir. Böylece dağınık ve güncelliğini

çe'sinde de belirtildiği üzere, Türkiye 1960'lı yıllarda göç veren bir ülke iken, 1980'lerde transit bir ülke konumuna gelmiş, günümüzde ise çevre coğrafyalarda yaşanan savaşlar, bölge ülkelerine göre daha önemli ekonomik fırsatlar sunması gibi sebeplerle "hedef ülke" hâline gelmiştir.⁶ Önümüzdeki birkaç on yılda küresel ısınmanın etkisini daha şiddetli göstermeye başlamasıyla, Türkiye'nin güneyindeki coğrafyada giderek yaşam koşullarının zorlaşabileceği, bu nedenle Türkiye'nin giderek daha fazla göç alabileceği de tahmin edilebilir. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun 2003'te yürürlüğe girdikten sonra, Türkiye'ye çalışmak amacıyla gelen yabancı sayısı giderek artmıştır (2009'da on bin başvuru sayısına karşın, 2015'te seksen bin başvuru alınmıştır).⁷ Çalışma izni başvurusu yapan yabancıların çeşitli nitelik seviyesinde oldukları gözlemlenebilir. Ancak mülga kanun farklı nitelikteki kişilerin çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde farklı uygulamalara ve esnekliğe izin vermemekteydi.⁸ Oysa, göçün göç alan ülkenin üretim düzeyini yükseltirken, ortaya çıkan kazanımların toplumda adil bir biçimde dağıtılması amacıyla, göçmen işçi ile yerli işçi arasında tamamlayıcılık ilişkisinin gözetilmesi gerekmektedir.⁹ Aksi hâlde, özellikle nitelsiz işgücü göçünün bir ülkeye girmesi, o toplumda var olan işgücünün bu ucuz işgücü ile rekabet etmesine, bu da işgücünün daha düşük ücretlerle çalışmayı kabul etmesine sebep olacak, bu ise bu işçileri çalıştıran firmaların daha yüksek gelir elde ederken, toplum içinde eşitsizliğin artmasına yol açacaktır.¹⁰

Bu kapsamda, çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde sektörel ihtiyaçların ve başvuru sahiplerinin niteliklerinin ele alınarak daha seçici olunması adına yeni kriterlerin benimsenmesi gerekmiştir. Bu noktada, özellikle vasıflı yabancı çalışanların istihdamında artış olduğu, yabancı şirketlerin

yitirmiş kurallar yerine AB müktesebatı ile uyumlu ve güncel ihtiyaçları karşılayan kurallar benimsenmiştir. Bu yönde, bkz Barış Teksoy, 'Yabancıların Çalışma Hakkı ile İlgili Güncel Gelişmeler', in: Bilgin Tiryakioğlu / Mesut Aygün / Ali Önal / A. Kübra Altıparmak / Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu: Eskişehir, 21-22 Nisan 2016* (Yetkin, 2016) 245, s. 245.

⁶ Genel Gerekçe, s. 19.

⁷ Genel Gerekçe, s. 19.

⁸ Genel Gerekçe, 19. Mülga kanun dönemindeki çalışma izni rejimine ilişkin detaylı bir çalışma için, bkz. Hamit Tiryaki, *Yabancıların Türkiye'de Çalışma İzinleri* (Bilge, 2015), özellikle s. 27-183.

⁹ Munise Tuba Aktaş, 'Ücret Odaklı Uluslararası İşgücü Hareketliliğinin İşgücü Piyasalarına Etkileri' (2015) 2(2) *Tesam Akademi Dergisi* 197, s. 215.

¹⁰ Bkz. Aktaş, s. 216.

yaptığı yatırımlarla paralel olarak yabancı yöneticilerin Türkiye’ye çalışmak üzere geldiği de gözlemlenebilir. Tüm bu sebeplerle, yeni koşullara daha uyumlu, daha seçici ve kimi konularda esneklik sağlayan yeni bir kanunun yapılması hazırlıklarına girişilmiştir.¹¹ Böylece Türkiye’nin uluslararası seviyede kaliteli işgücü çekme rekabetine dahil olabilme kabiliyeti arttırılmak istenmiştir.¹² Yeni kanunun en dikkat çeken özelliklerinden biri, dinamik ve sürekli değişen bir olgu olan göç yönetiminin ihtiyaçlarına cevap verebilecek, stabil olmayan şartların belirlenebilmesi için merkezî ve kurumsal bir yapının kurulması ve bu yapının belirleyeceği göç politikalarına göre yeni kıstasların uygulanabilmesidir. Bir diğer önemli nokta da, nitelikli işgücünün gelmesini kolaylaştıran kuralların ve “Turkuaz Kart” olarak adlandırılan “eğitim düzeyi, meslekî deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ile stratejik önemi haiz herhangi bir alanda öne çıkmış yüksek nitelikli insan gücünün ülkemize kazandırılması için kolaylaştırılmış yeni bir çalışma izni sistemi”nin benimsenmesidir.¹³ Yeni kanunla, Türkiye’ye gelecek yabancı yatırımın arttırılması ve nitelikli yabancı istihdamına imkan tanınması hedeflenmektedir.¹⁴

Uluslararası İşgücü Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nda, daha önce Çalışma Genel Müdürlüğü bünyesinde görev yapan Yabancıların Çalışma İzinleri Daire Başkanlığı yerine Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü kurulmuştur.¹⁵ Kanun yürürlüğe girdikten sonra birkaç ay içinde (27 Aralık 2016’da) Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği Taslağı hazırlanmış¹⁶ ve çeşitli kurum ve kuruluşlara gönderilerek bu kurumların görüşleri talep edilmiştir. Taslak henüz son hâline getirilmediği ve üzerindeki çalışmalar sürdüğü için,¹⁷ bu çalışmada yönetmelik dik-kate alınmayacaktır. Zira yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce, taslakta gösterilen çalışma iznine ilişkin şartların değiştirilmesi mümkündür.

“Amaç” kenar başlıklı UIK m. 1’den de anlaşılacağı üzere, Uluslararası İşgücü Kanunu’nun başlıca iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ulus-

¹¹ Genel Gerekçe, s. 19.

¹² Aysel Çelikel / Günseli (Öztekin) Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (Beta, 2017, 23. Bası), s. 183.

¹³ Genel Gerekçe, s. 20.

¹⁴ Genel Gerekçe, s. 21. Nitelikli yabancı istihdamına ilişkin en önemli engellerden biri, mülga kanun döneminde bağımsız çalışma izni başvuruları için aranan şartlardı. Bu konu, bağımsız çalışma izni ele alınırken yeniden değerlendirilecektir.

¹⁵ Genel Müdürlük’ün internet sayfasına “<https://www.csgb.gov.tr/uigm>” adresinden ulaşılabilir.

¹⁶ Taslağın metni için, bkz. “<http://www.kib.org.tr/files/downloads/sirkuler/2016719ek1.pdf>”.

¹⁷ 20 Ocak 2018 tarihi itibarıyla.

lararası işgücüne¹⁸ ilişkin politikaların belirlenmesi ve izlenmesidir. Bu amaca yönelik düzenleme, UİK m. 4 ve m. 5'te yer almaktadır. Kanun'un ikinci amacı ise, uluslararası işgücü ile ilgili uygulamaya yönelik kuralların düzenlenmesidir. Bu kapsamda, Uluslararası İşgücü Kanunu, yabancılara verilecek çalışma izinlerini, bu izinlere ilişkin muafiyetleri, çalışma izninin istisnaî olarak verildiği durumları ve çalışma izinlerine ilişkin verilen idarî kararlara karşı kanun yollarını ele almaktadır. Bu düzenlemeler ise, UİK m. 6 - m. 23'te yer almaktadır.

Bu çalışmanın amacı, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun uluslararası işgücünün ve dolayısıyla yabancılara verilecek çalışma izinlerinin uygulamasına yönelik getirdiği düzenlemenin hukukî boyutlarının incelenmesidir. Bu çerçevede, yabancılara verilecek çalışma izinleri, muafiyetler gibi uygulamaya yönelik getirilen düzenlemeleri konu alan bir inceleme yapılacaktır. Öte yandan, UİK m. 4 ve m. 5'te yer alan düzenleme ayrıca incelenmeyecektir. Zira, uluslararası işgücüne ilişkin politikaların belirlenmesi ve izlenmesini düzenleyen bu hükümler, idarenin iç işleyişini ilgilendiren kuralları barındırmaktadır.¹⁹

I. YABANCILARIN ÇALIŞMA İZNİ VE ÇALIŞMA İZNİNDEN MUAFİYET DÜZENLEMESİNİN KAPSAMI

Yabancıların çalışma izni ve çalışma izninden muafiyet²⁰ durumları, UİK m. 6 - m. 15'te (kanunun üçüncü bölümünde) düzenlenmiştir. UİK m.

¹⁸ “Uluslararası işgücü” kavramının “yabancıların çalışma izni” veya “yabancı işgücü” yerine kullanılması doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten de, “uluslararası işgücü” kavramı, sanki devletlerin bir araya gelip oluşturdukları bir işgücünü vurguluyor gibi gözükmektedir. Üstelik, yabancıların çalışma izninde söz konusu olan uluslararası nitelikli bir işgücü değil, yabancı nitelikli bir işgücüdür. Kavramın eleştirisi için, bkz. Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (Beta, 2016, 4. Bası), s. 230.

¹⁹ Örneğin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın işgücüne ilişkin politika belirleme ve bu politikaları uygulamaya koymakta faaliyette bulunma yetkisinin olması; bu politika belirlerken dikkate alınması gereken kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı gibi hususlar; politikalar belirlenirken ilgili kurum ve kuruluşlarının görüşlerinin alınması; Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu'nun yapısı; Kurul toplantılarına kimlerin davet edilebileceği; yabancı istihdam taleplerini değerlendirmek için Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemi'nin kurulması; ilgili izleme ve değerlendirmenin yapılması için bilgi istenebilecek kişilerin ve bilgi paylaşma usulünün belirlenmesi gibi.

²⁰ Uluslararası İşgücü Kanunu yürürlüğe girmeden önce, mevzuatta bu kavramlar yerine “çalışma izni belgesi” ve “çalışma izni muafiyet teyit belgesi” kavramları kullanılmaktaydı. UİK m. 26(2)'ye göre bu eski ibarelerin “çalışma izni” ve “çalışma izni muafiyeti” olarak anlaşılması gerekmektedir.

2(1)'de de belirtildiği üzere, Kanun, Türkiye'de çalışan, bir işveren yanında meslekî eğitim gören, staj yapan ve Türkiye'de geçici nitelikte hizmet vermek amacıyla bulunan sınırötesi hizmet sunan yabancılar ve yabancı çalıştıran (ve tüm bu pozisyonlar için başvuruda bulunan) kişilere uygulanmaktadır. Dolayısıyla, bu kişilerin çalışma izni veya izinden muafiyet durumları kural olarak Uluslararası İşgücü Kanunu'nda düzenlenmektedir.

Bununla birlikte, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası konvansiyonlarda düzenlenen konularda,²¹ Uluslararası İşgücü Kanunu uygulama alanı bulmayacaktır. Bu konularda, uluslararası anlaşma hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması, hem Anayasa m. 90 (bu anlaşmalar hem kanun hükmünde olacaktır ve özel hüküm olarak öncelikli uygulama alanı bulur, hem de temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler barındıran bu anlaşmalar zaten kanunlara karşı da öncelikli uygulanacaktır), hem de UİK m. 2(3) (bu hükümde uluslararası anlaşma hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir)²² uyarınca bir gerekliliktir. Ayrıca, UİK m. 6(2)'de yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye'de çalışmaları ve çalıştırılmalarının yasak olduğu belirtildikten sonra, m. 6(3)'te “[d]iğer kanunlarda ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar, bu Kanuna göre çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler” (vurgu eklenmiştir) denmiştir.

Belirtilmesi gereken bir diğer önemli nokta, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu²³ (TVK) m. 28(1) uyarınca, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden ve uygulamada “Mavi Kartlılar” olarak bilinen kişilerin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan bazı istisnalar²⁴ haricinde aynen

²¹ Türkiye sayısı onu aşkın Avrupa ve Orta Doğu ülkeleriyle işgücü anlaşması imzalamıştır. Bu anlaşmalara “<https://www.csbg.gov.tr/uigm/contents/genel-bilgiler/ikili-igucu-anlasmalari/>” adresinden ulaşılabilir. Ayrıca Türkiye yaklaşık otuz devletle iki taraflı sosyal güvenlik anlaşması imzalamıştır. Bu anlaşmalara “<https://www.csbg.gov.tr/uigm/contents/genel-bilgiler/ikili-sosyal-guvenlik-anlasmasi/>” adresinden ulaşılabilir.

²² Benzer bir kural Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (yürürlük tarihi: 4 Aralık 2007; Resmî Gazete sayı: 26728) m. 1'de de bulunmaktadır. Bu kural uyarınca milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku alanında uluslararası anlaşmaların uygulanmasıyla ilgili olarak, bkz. Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman-Figanneşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat, 2016, 5. Bası), s. 15.

²³ Yürürlük tarihi: 12 Haziran 2009; Resmî Gazete sayı: 27256.

²⁴ TVK m. 28(2)'ye göre, Mavi Kartlılar'ın seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal

yararlanmaya devam edecek olmasıdır. Bu statü, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ile bu kişilerin üçüncü dereceye kadar olan altsoylarına tanınmıştır.²⁵ Dolayısıyla, sonradan Türk vatandaşı olan kişinin çıkma izni olarak Türk vatandaşlığını kaybetmesi durumunda, bu kişi ve altsoyları Mavi Kartlı statüsüne geçemez.²⁶ TVK m. 28(1)'deki düzenleme, artık Türk vatandaşı olmamalarına rağmen, bu kişilerin, bir Türk vatandaşı gibi, Türkiye'de çalışma iznine ihtiyaç olmadan çalışabileceği anlamına gelmektedir.²⁷ Bu durum, UİK m. 6(4)'te de belirtilmiş ve "[bu hükmün] kapsamında olanların çalışma hakkı saklıdır" denmiştir. Bu kişilerin çalışma izni almaları gerekmediği gibi, Türkiye'ye gelip çalışmaya başlamak için çalışma izni muafiyeti de almaları gerekmemektedir; sahip oldukları Mavi Kart böyle bir muafiyetin yerine geçecektir. Mavi Kartlı statüsündeki bu yabancı kişiler, TVK m. 28(3)'e göre, devlet memuru olamasalar da, kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler. Mavi Kartlılar, TVK m. 28(1) uyarınca, TVK m. 28'de belirtilen istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ettikleri için ve hükümde—asli ve sürekli kamu hizmetinde bulunmak dışında—sadece Türk vatandaşlarına hasredilen mesleklerle ilgili bir istisna hükmü yer almadığı için, avukatlık gibi Türk vatandaşlarına tahsis edilen meslek ve sanatları icra edebilirler.²⁸

Bir başka önemli nokta da, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki mevzuat hükümlerine göre verilmiş çalışma izinlerinin ve süresiz çalışma izinlerinin, sürelerinin sonuna kadar geçerli olacağının

etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülükleri yoktur. Ayrıca TVK m. 28(3)'e göre, bu kişiler bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak aslî ve sürekli kamu hizmeti görevinde bulunamaz; fakat kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalışabilirler.

²⁵ Bakanlar Kurulu kararı ile üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların hükümde tanınan haklardan faydalanabileceği belirlenebilir (TVK m. 28(4)).

²⁶ Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Savaş, 2017, 14. Bası), s. 139. Ayrıca bkz. Turgut Turan / Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku* (Yetkin, 2017, 4. Bası), s. 129.

²⁷ B. Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Beta, 2016, 4. Bası), s. 243; Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 189. Ayrıca bkz. Musa Aygül, 'Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasağı' (2010) 14(1) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, s. 44-45; Doğan, *Vatandaşlık*, s. 137-140.

²⁸ Aygül, s. 56-57.

UİK Geçici m. 1’de düzenlenmiş olmasıdır. Bu izinler iptal edilmediği sürece, yabancılar bu izinlere dayanarak Türkiye’de çalışabilecektir. Ayrıca, Uluslararası İşgücü Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce yapılan başvurularda, eski düzenlemelerdeki yabancı kişi lehine olan hükümler dikkate alınacaktır (UİK Geçici m. 1(3)). Böylece Uluslararası İşgücü Kanunu’nun yürürlüğe girmesi, daha önceden farklı kurallara göre verilmiş çalışma izinlerine herhangi olumsuz bir etki yapmayacaktır.

II. ÇALIŞMA İZNİ BAŞVURUSU

A. Çalışma İzni Başvurusunun Yapılması İçin İzlenmesi Gereken Usûl

UİK m. 6(2)’de yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışmaları ve çalıştırılmalarının yasak olduğu belirtildikten sonra, UİK m. 7’de yabancıların çalışma iznine nasıl başvurması gerektiği düzenlenmiştir.

Çalışma iznini veren kurum Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’dır (UİK m. 6(1)). Çalışma izni başvurusu yurtiçinden yapılırsa, bu başvuru doğrudan Bakanlık’a yapılacaktır (UİK m. 7(1)). Ancak çalışma iznine başvuran kişi yurtdışından da bir başvuru yapabilir. Başvurunun yurtdışından yapılması durumunda, başvuru ya ilgili ülkedeki büyükelçilik veya başkonsolosluğa ya da yetkilendirilen bir aracı kuruma (UİK m. 7(2)) yapılacak; bu başvuru da Bakanlık’a iletilecektir (UİK m. 7(1)).

Bununla birlikte yurtdışından çalışma iznine başvuran yabancı, herhangi bir devletteki Türkiye Cumhuriyeti Büyükelçiliği ya da Başkonsolosluğu’na başvuramaz. Çalışma iznine yurtdışından başvurmak isteyen yabancı, sadece vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkeden başvurusunu yapabilecektir (UİK m. 7(1)). Hükümde geçen yabancının “yasal olarak bulunduğu ülke” şartı, sadece yabancının ilgili ülkeye kaçak olarak girmemiş olmasını aramamaktadır. Zira, her ne kadar yabancının bir iş gezisi ya da turistik amaçlarla bulunduğu ülkede yasal olarak bulunduğu söylenebilirse de, bu ülkeden çalışma izni başvurusu yapması mümkün olmayacaktır. “Yasal olarak bulunulan ülke”den kasıt, yabancının ilgili ülkede süreli ya da süresiz oturma, çalışma ya da öğrenim izninin olmasıdır. Örneğin Londra Başkonsolosluğu’ndan çalışma izni başvurusu yapılmak istendiğinde, başvuru sırasında sunulması gereken belgelerden birinin de, kişinin Birleşik Krallık vatandaşı olmaması durumunda, geçerli bir oturma kartı olduğu be-

lirtilmiştir.²⁹ Londra'dan başvuru yapmak isteyen kişinin, Birleşik Krallık'a geçerli bir şekilde girmesini sağlayacak bir vizesinin bulunması yeterli değildir. Bu sebeple, UİK m. 7(1)'deki "yasal olarak bulunduğu ülke" ifadesinin kısa süreli kalış vizelerini de kapsayacak şekilde anlaşılmaması için yeniden formüle edilmesi gerekmektedir.

Çalışma izni başvurusunda, eksik bilgi veya belge olması durumunda, başvuru ilk aşamada reddedilmeyecek; eksiklikler tamamlanana kadar ertelenecektir. Mücbir sebepler haricinde, erteleme süresinin otuz günü aşamayacak olması (UİK m. 7(7)), çalışma izni başvurusundaki bilgi ve belge eksiğinin en fazla otuz gün içinde tamamlanmasını gerektirmektedir. Aksi hâlde, başvuru reddedilecektir (UİK m. 7(7) ve m. 9(h)).

UİK m. 7(3), çalışma izni uzatma başvurusunun ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin de bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, uzatma başvurusu, çalışma izni süresinin dolmasına altmış gün kalmasından itibaren, süre dolana kadar yapılabilir. Çalışma izni süresi dolduktan sonra yapılan uzatma başvuruları reddedilecektir (UİK m. 7(3)).

B. Çalışma İzni Başvurusunun Değerlendirilmesi ve Puanlama Sistemi

1. Uluslararası işgücü politikası ve başvuru kriterleri

UİK m. 4'te tanımlanan mekanizmalarla belirlenen uluslararası işgücü politikası, çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde kilit rol oynayacaktır.³⁰ Belirlenen uluslararası işgücü politikalarının çalışma izni başvurularında ve çalışma izni muafiyeti başvurularında temel bir rol oynaması, mülga kanunda benimsenen sistemden farklıdır³¹ ve bu fark yeni kanunun temel özelliklerinden birini teşkil etmektedir. UİK m. 7(6)'ya göre, Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu kararları doğrultusunda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın bir puanlama sistemi oluşturması ve bu sistemde kullanılacak kriterleri belirlemesi gerekecektir.³² Çalışma iznine başvuran yabancının

²⁹ “<http://www.turkishconsulate.org.uk/en/visa.asp?PageID=5#5>” (erişim tarihi: 20 Ocak 2018).

³⁰ Ayrıca bkz Teksoy, s. 255-256.

³¹ Teksoy, s. 257.

³² Turkuaz Kart kapsamında puanlama sisteminin nasıl belirleneceği, Turkuaz Kart Yönetmeliği (Yürürlük tarihi: 14 Mart 2017; Resmî Gazete sayı: 30007) m. 11'de gösterilmiştir.

başvurusu bu puanlama sistemindeki kriterlere göre sonuçlandırılacaktır. UİK m. 7(8)'de, bu değerlendirme sürecinin—eksiksiz yapılan başvurular için—başvurunun yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde tamamlanacağı belirtilmiştir.

UİK m. 9'da çalışma izni başvurularının ret sebepleri on bent hâlinde sayılmıştır. Ret sebeplerinin ilki, çalışma izni başvurusunun uluslararası işgücü politikasına uygun olmamasıdır (UİK m. 9(a)). Ancak uluslararası işgücü politikası, zaten UİK m. 7(6)'da bahsedilen puanlama sisteminin oluşturulmasında dikkate alınacaktır.³³ Bir diğer deyişle, uluslararası işgücü politikası çeşitli kriterler öngörülerek somutlaştırılacaktır. Zaten Bakanlıkça belirlenen değerlendirme kriterlerinin karşılanmaması da, ayrı bir ret sebebi olarak sayılmıştır (UİK m. 9(e)). Yapılan çalışma izni başvurusunun uluslararası işgücü politikasına uymadığı için değil, bu politikaya göre belirlenecek somut kriterlerin sağlanmaması nedeniyle reddedilmesinin daha şeffaf ve hukuk devletinin gereklerine daha uygun bir yaklaşım olacağı düşünülebilir. Yine de, uluslararası işgücüne ilişkin tüm devlet politikasının somut kriterler hâline getirilmesi de mümkün olmayabilir. Zira, bir devletin genel olarak benimsediği bir uluslararası işgücü politikası olsa bile, kimi sektörlere veya coğrafi bölgelere özgü benimsediği daha özel politikalar da olabilir. Benzer bir biçimde, son birkaç yılda yapılan başvuruların artması veya ülkenin ekonomik sıkıntıya girmesi ve işsizlik rakamlarında önemli bir artışın gözlemlenmesi sonucu da, genel uluslararası işgücü politikasında ve dolayısıyla şart koşulan somut kriterlerde bir değişiklik olmasa bile, o yıl veya dönem daha sıkı bir uluslararası işgücü politikası uygulanması gerekebilecektir. Bakanlıkça belirlenen kriterlerde herhangi bir değişiklik olmasa bile, sektör, coğrafi bölge ve döneme özgü uluslararası işgücü politikaları, yapılan başvuruların kabul edilip edilmemesinde etki doğurabilir.³⁴

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarında sadece Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen iş ve mesleklere ilişkin başvurular da reddedilecektir (UİK

Örneğin, nitelikli işgücü olarak değerlendirilen yabancı için öğrenim gördüğü üniversitenin saygınlığı, ücret düzeyi, bildiği yabancı diller; bilim insanları için akademik unvanları, tes-cillenmiş patentleri, inovasyon faaliyetleri gibi kriterler belirlenmiştir.

³³ Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 193.

³⁴ Devlet, bu çerçevede belirlenen uluslararası işgücü politikası sonucunda, belirli bir meslek ya da belirli bir coğrafi bölgeye ilişkin olarak belirli süreli sınırlandırmalar da uygulayabilir (UİK m. 12(3)). Bu sınırlandırmalarda, iş piyasalarındaki durum ve istihdama ilişkin sektö-rel ve konjonktürel gelişmeler dikkate alınacaktır.

m. 9(ç)). Örneğin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu³⁵ m. 3(a)'ya göre, avukatlığa kabul şartlarından biri Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır. Dış hekimliği, hastabakıcılık, eczacılık, veterinerlik, özel hastanelerde sorumlu müdürlük, noterlik, gümrük müşavirliği gibi meslek ve görevlerin de yabancılar tarafından yapılması yasaklanmıştır.³⁶ Yabancıların yapmasının yasaklanmadığı iş ve mesleklere yapılan başvurularda da, yabancı istihdamına ilişkin gerekçenin yeterli görülmemesi (UİK m. 9(c)) ve çalışma iznine başvuran yabancıнын gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığı kanaatine ulaşılması (UİK m. 9(d)) ret sebepleri olarak belirtilmiştir.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu³⁷ m. 7 uyarınca pasaportu veya vizesi olmadığı için Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyen yabancılar, m. 15 uyarınca Türkiye'ye girişleri yasaklı olmak, suçluların geri verilmesine esas olan suçlardan sanık veya hükümlü olmak gibi sebeplerle vize verilmeyecek yabancılar veya m. 54 uyarınca terör örgütü üyesi olmak, ikamet izni iptal edilmek, çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilmek, Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlamak gibi sebeplerle hakkında sınır dışı edilme kararı alınan yabancılardan olmak da, çalışma izni başvurusunun reddedilmesi için bir sebeptir (UİK m. 9(f)). Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'ndaki bu üç hükmün kapsamına giren yabancılar İçişleri Bakanlığı tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirilir. Bir diğer ret sebebi, çalışma iznine başvuran yabancıнын, Türkiye Cumhuriyeti'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisi bulunmadığı bir devletin vatandaşı olmasıdır (UİK m. 9(ğ)). Ancak Dışişleri Bakanlığı'nın uygun görüşünün olması durumunda, bu kişilerin çalışma izni başvurusu kabul edilebilecektir.

2. Uluslararası iş gücü politikasına dayanan değerlendirme ve kanunilik ilkesi

Uluslararası işgücü politikası ile getirilen sınırlandırmaların Anayasa m. 16'ya uygun olup olmadığı ele alınmalıdır. “Yabancıların durumu”nu düzenleyen bu hüküm, yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin uluslararası

³⁵ Yürürlük tarihi: 7 Temmuz 1969; Resmî Gazete sayı: 13168.

³⁶ Yabancıların çalışmalarının yasak olduğu meslek ve görevlerin listesi için, bkz. “<https://www.csgb.gov.tr/uiigm/contents/yabancilar/yasakmeslekvegorevler/>” (erişim tarihi: 20 Ocak 2018). Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Aygöl, s. 35-38.

³⁷ Genel yürürlük tarihi: 11 Nisan 2014; Resmî Gazete sayı: 28615.

sı hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilceğini belirtmektedir. Bu hüküm, Türk yabancılar hukukunun anayasal dayanağıdır.³⁸ Yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri de Anayasa m. 16’daki düzenleme çerçevesinde değerlendirilmelidir.³⁹

Yürütme organının belirlediği uluslararası işgücü politikaları ile yabancıların Türkiye’de çalışma özgürlüklerinin sınırlandırılmasının Anayasa m. 16’ya aykırı olduğu ileri sürülebilir. Örneğin idarenin ortaya koyacağı puanlama sisteminde, bir yabancı Türkiye’de çalışıp çalışamayacağına ilişkin somut şartlar ortaya konmuş olacaktır. Bu şartlar kanunda net olarak belirtilmemiştir. Kanunda sadece bir puanlama sisteminin ortaya konacağı ve çalışma izinlerinin idare tarafından belirlenecek uluslararası işgücü politikalarına göre sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Bu ihtimallerde, somut sınırlamanın kanundan değil, yönetmelik veya idare tarafından belirlenen politikalarla getirilmesi Anayasa m. 16’ya bir aykırılık oluşturacak mıdır? Doktrinde, Anayasa m. 16’nın, getirilen tüm sınırlandırmaların yasama organı tarafından yapılan düzenleyici işlemlerle yapılmasını gerektirecek şekilde yorumlanacağı yönünde bir görüş bulunmaktadır.⁴⁰ Anayasa m. 16’da “kanun” terimi, “hukuk” anlamında kullanılmamış, “TBMM tarafından bu ad altında kabul edilen genel, soyut ve objektif düzenlemeler” kastedilmiştir.⁴¹ Öte yandan, Anayasa m. 16’nın, idarenin hiçbir düzenleyici işlem yapmamasını gerektirecek anlamda yorumlanamayacağı da genel olarak kabul görmektedir.⁴² Ayrıca kaynağı kanun olduğu sürece, kararname, yönetmelik, tebliğ veya genelge yolu ile sınırlayıcı düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir.⁴³

Uluslararası İşgücü Kanunu’nun ilgili hükümleri çerçevesinde yürütme organı tarafından uygulamaya konulan sınırlamaların kanunî bir daya-

³⁸ Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (Savaş, 2017, 2. Bası), s. 28.

³⁹ Zeynep Çalışkan, ‘GATS Anlaşması Bağlamında Yabancıların Çalışma Hakları’, in: Bilgin Tiryakioğlu / Mesut Aygün / Ali Önal / A. Kübra Altıparmak / Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu: Eskişehir, 21-22 Nisan 2016* (Yetkin, 2016) 225, s. 233.

⁴⁰ Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 29.

⁴¹ Rifat Erten, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme’ (2015) 19(1) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, s. 6.

⁴² Bu tespit için bkz. Fügen Sargın, ‘Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme ve Çalışma Hakları’ (1997-98) 17-18 *MHB* 317, s. 336.

⁴³ Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 65.

nağı bulunmaktadır. Gerek uluslararası işgücü politikası, gerekse Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın belirlediği kriterler, gerekse de UİK m. 12(3) çerçevesinde uygulanan sektörel, coğrafi ya da kısa süreli sınırlamalar kanunî dayanağı olan düzenlemelerdir. Söz konusu politika, kriter veya sınırlandırmaların kanunî dayanağının amacını aşacak şekilde uygulanması durumunda, ilgili politika, kriter veya sınırlandırmanın kanuna aykırı olduğu iddia edilebilir. Fakat bu durum, Uluslararası İşgücü Kanunu'nda öngörülen ve yasama organı tarafından netleştirilmemiş bu sınırlandırmaların Anayasa m. 16'ya aykırı olduğu anlamına gelmemelidir.

Aksi hâlde, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun gelecekte karşı karşıya kalılabilecek her sektörel, ekonomik, siyasî ve sosyal gelişmeyi göz önüne alarak kazuistik bir düzenleme getirmesi gerekirdi. Oysa böyle bir düzenlemenin önceden öngörülmesi mümkün değildir. Bu nedenle, çerçevesi kanunla çizilmiş ve yürütme organına belli durumlar karşısında belli bir takdir yetkisi veren bir düzenleme Anayasa m. 16'ya uygun olacaktır.⁴⁴ Üstelik, idarenin çeşitli belirsiz kavramları somutlaştırması, kanunun kendisine tanıdığı genel takdir yetkisinin nasıl uygulanacağına ilişkin ilkeleri belirlemesi, takdir yetkisinin sınırlarını tayin etmek üzere düzenleyici işlemler yapması, idarenin hukuk devletinin gereklerine uygun hareket ediyor olması demektir.⁴⁵

Bununla birlikte, kanunda dayanağı olmayan bir sınırlamanın yönetmelikte veya uluslararası işgücü politikası olarak getirilmesi Anayasa m. 16'ya aykırı olacaktır. Örneğin yabancıların belli bir meslek veya sanatı icra etmelerinin kanunla yasaklanmamış olması durumunda, böyle bir yasak yönetmelikle getirilemez.⁴⁶

3. Sahte ve yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılan başvurularda kast unsuru

Sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılan başvurular reddedilecektir (UİK m. 9(b)). Benzer bir düzenleme UİK m. 15(2)(d)'de de bulunmaktadır.

⁴⁴ Anayasa m. 16 uyarınca hakların kanunla sınırlanması ilkesi dar yorumlanırsa, idareye takdir hakkı verilmesi de Anayasa'ya aykırılık sonucunu ortaya çıkartabilecektir. Zira bu ihtimalde, sınırlamanın nasıl uygulanacağı idarenin takdirine bırakılmış olmakta; kanunda açıkça belirtilmemektedir.

⁴⁵ Sargın, s. 353.

⁴⁶ Sargın, s. 352.

dır. Bu hükme göre, çalışma izni için yapılan başvuruda sahte veya yanıltıcı bilgi veya belgeler kullanılmışsa ve bu bilgi veya belgeler sonradan tespit edilirse, çalışma izni sonradan iptal edilebilecektir. Bu noktada, sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerin, başvurunun reddedilmesine veya çalışma izninin iptaline sebebiyet vermesi için başvuru sahibinin veya yabancıнын kasıtlı davranmasının gerekip gerekmediği tartışılabilir.

Eğer UİK m. 9(b)'deki sonucun doğması için başvuru sahibinin veya yabancıнын sahte veya yanıltıcı bilgi ve belge sunmasında kastı aranacaksa ve yapılan başvuruda başvuru sahibinin veya yabancıнын sahte veya yanıltıcı belge sunmayla ilgili bir kastı yoksa, bu durumda söz konusu belge sunulmamış sayılabilir. Belgenin sunulmaması, eksik belge sunulması olarak nitelendirilirse, başvuru sahibinin eksik belgeyi tamamlamak yönünde ek süresi olduğu ileri sürülebilecektir.

Sahte ve yanıltıcı bilgi ve belgelere ilişkin hükmün bir benzeri TVK m. 31'de bulunmaktadır. Bu hükme göre, Türk vatandaşlığını kazanan kişinin yalan beyanı veya vatandaşlığın kazanılmasında esas alınan belgelerde önemli hususların gizlenmesi, vatandaşlığın iptal edilmesine sebep olabilecektir. Gerek “yalan beyan”, gerekse de “belgelerde önemli hususların gizlenmesi”, kişinin kastını gerektiren şartlardır. Eğer bir beyanın yanlış olduğunda başvuru sahibinin bir bilgisi yoksa ve bu beyanı karşı tarafı yanıltmak kastı ile söylemiyorsa, bu beyan “yalan beyan” olarak nitelendirilemez. Benzer bir biçimde, bir bilginin veya belgenin “gizlenmesi” de başvuru sahibinin etkin davranışı ile gerçekleşir. Bunun için bu kişinin bilinçli davranışı gerekir. Böyle bir davranış (yalan beyan veya gerçeklerin saklanması), kendiliğinden ilgili idarî birimi aldatma kastını içermektedir.⁴⁷ Bir diğer deyişle, vatandaşlığın iptali şartlarının gerçekleşmesi için, başvuru sahibi kişinin bilerek idareyi yanılgıya düşürmüş olması gerekir.⁴⁸ Doktrinde de, bu hüküm çerçevesinde başvuru sahibinin kastının aranması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.⁴⁹

⁴⁷ Hicri Fişek, ‘Vatandaşlığa Alınmanın İptali’, in: Hicri Fişek, vd. (eds), *Osman Berki’ye Armağan* (AÜHF, 1977) 373, s. 381.

⁴⁸ Rona Aybay / Nimet Özbek, *Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, 4. Bası), s. 209-211.

⁴⁹ Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Filiz, 2017, 23. Bası), s. 147; Doğan, *Vatandaşlık Hukuku*, s. 149; Turan / Tanrıbilir, s. 148.

Fakat, UİK m. 9(b) ve m. 15(2)(b)'nin lafzı, TVK m. 31'in lafzından farklıdır. Uluslararası İşgücü Kanunu çerçevesinde başvurunun reddi veya verilmiş çalışma izninin iptali için aranan husus sunulan bilgi ve belgelerin “sahte” veya “yanıltıcı” olmasıdır; “yalan” veya “gizlenmiş” olmaları aranmamaktadır. Dolayısıyla, Uluslararası İşgücü Kanunu'ndaki düzenlemenin lafzının, başvuru sahibinin veya yabancıların “sahte” veya “yanıltıcı” bilgi veya belgelerin sunulmasında kastını aradığı söylenemez. Vatandaşlık başvurularından farklı olarak, çalışma izni veya muafiyeti başvurularında başvuru sahibinin veya yabancıların kastını aramayan daha objektif bir standardın aranmasının yerindeliği tartışılabilir. Ancak kanunun açık lafzı karşısında, “sahte” veya “yanıltıcı” bilgi veya belge sunmakta kastın olmaması, çalışma izni başvurusunun reddedilmemesi veya verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin iptal edilmemesi için geçerli bir savunma olamayacaktır. Üstelik, kanun koyucunun Uluslararası İşgücü Kanunu'ndaki tercihinin bu yönde olması, çeşitli sebeplerle gerekçelendirilebilir. Bu gerekçeler şunlar olabilir: yurtdışından Türkiye'ye gelecek göç hareketinde minimum standartlara riayet edilmesinin önemi, çalışma izni başvurularının tamamen kağıt üstünde değerlendirilmesi (oysa vatandaşlık başvurularında fiilen araştırma ve soruşturma yapılmaktadır) gibi.

4. Kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı

Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca olduğu tespit edilen yabancıların da çalışma izni başvuruları reddedilecektir (UİK m. 9(g)). Ancak bu kavramlar son derece belirsiz kavramlardır.⁵⁰ Bu kavramların yorumlanmasında, TVK m. 11(ç) ve m. 11(g)'de aranan benzer şartların nasıl yorumlandığı dikkate alınabilir. Ayrıca bu şartların bir benzeri Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 54(1)(d)'de hakkında Türkiye'den sınır dışı etme kararı alınacak yabancılarla ilgili olarak öngörülmüştür. Benzer bir biçimde, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 15(1)(c) ve (ç)'de de bu şartlar sayılmıştır.

Örneğin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁵¹ m. 17(2) uyarınca kamu sağlığını tehdit edecek hastalıkların nasıl saptanabileceği belirtilmiştir. Bu hükme göre, Dünya

⁵⁰ Erdem, s. 134.

⁵¹ Resmî Gazete Sayı: 29656; Tarih: 17 Mart 2016.

Sağlık Örgütü'nün Sağlık Tüzüğü'nde tanımlanan salgın potansiyeli olan hastalıklar ile bulaşıcı veya bulaşıcı parazit hastalıkları taşıyan yabancıların, kamu sağlığı açısından sakıncalı olduğu tespit edilebilecektir. Yönetmelik m. 52(2)(b)'ye göre de kamu sağlığı yönünden tehdit teşkil eden yabancıların belirlenmesinde sağlık raporu dikkate alınabilecektir. Ancak her çalışma izni başvurusunda sağlık raporu istenmesi söz konusu olmayabilir. Sağlık raporu, daha önce böyle bulaşıcı bir hastalığı olduğu tespit edilen kişilerden istenebilir.

Özellikle kamu düzeni ve kamu sağlığı açısından sakıncalı yabancı tespitinde, insan haysiyetine ve insan haklarına uygun bir uygulama yapılması gerekmektedir. Örneğin kişinin cinsel tercihinin Türk kamu düzenine uygun olmadığı gerekçesiyle yapılan çalışma izni başvurusunun reddedilmesi, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu m. 14'te düzenlenen ayıracılık yasağına aykırı olacaktır. Benzer bir biçimde, AIDS gibi kontrol edilmesi mümkün olan çeşitli bulaşıcı hastalıkları taşıyan kişilerin başvurularının kamu sağlığı gerekçesiyle reddedilmesi de,⁵² Uluslararası İşgücü Kanunu'nda konulan sınırlamanın kanunun ruhuna ve insan haklarına aykırı olarak yorumlanmasına bir örnek teşkil edebilecektir.⁵³ Öte yandan, hava yolu veya temasla bulaşan ve ölümcül risk taşıyan bir hastalığı olan bir yabancıнын çalışma izni başvurusu, kamu sağlığı gerekçesiyle reddedilebilecektir. Kamu güvenliği açısından sakıncalı olabilecek yabancıların tespitinde ise idareye geniş takdir yetkisi tanınmıştır.⁵⁴

5. İkame edilememe kriteri, sektörel ve bölgesel istihdama ilişkin gelişmeler ve yabancı istihdamın gerekçelendirilmesi şartı

Mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m. 14'te öngörülen temel ret sebeplerinden biri Uluslararası İşgücü Kanunu'nda düzenlen-

⁵² AIDS'in vatandaşlık başvurusunun ret sebebi olabileceği yönünde, bkz. Nomer, s. 84.

⁵³ AIDS'li bireylere farklı davranılmaması gerektiği yönünde, bkz. Uluslararası Çalışma Örgütü, *HIV/AIDS ve çalışma yaşamıyla ilgili ILO uygulama ve davranış kuralları* (Cenevre, 2001) ("http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_11_4155.pdf"; erişim tarihi: 20 Ocak 2018), s. 8-9.

⁵⁴ Bkz. Aybay / Özbek, s. 121; Turan / Tanrıbilir, s. 79-80; Doğan, *Vatandaşlık*, s. 73-75. Ayrıca bkz. Neşe Baran Çelik, 'Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması' (2017) 130 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 357, s. 392-393; Nomer, s. 86.

memiştir. Mülga kanunda “[b]aşvurulan iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunması”, çalışma izni başvurusunun reddedilmesi için bir gerekçe olarak sayılmıştır. Bu ret sebebi yerine, UİK m. 9(c)’de “[y]abancı istihdam edilmesine ilişkin gerekçesi yeterli görülmeyen” başvurular reddedilebilecektir. Böylece, mülga kanundaki katı kural yerine, daha esnek bir şart getirilmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu’ndaki bu şarta göre, yapılacak işin yabancı tarafından yapılması ihtiyacını belirten bir gerekçenin belirtilmesi gerekmektedir. Bu gerekçe, ilgili iş kolu ve pozisyon açısından farklılık gösterecektir. Bu esnek şartın uygulanmasıyla ilgili daha ayrıntılı bir düzenleme yönetmelikte belirlenebileceği gibi, bu şartın uygulanması tamamen başvuruları değerlendiren makamın takdirine de bırakılabilir. Bu düzenleme sayesinde, örneğin çok spesifik bilgi ve tecrübe gerektiren bir iş için yabancı bir kişinin istihdam edilmesinde, bu kişinin söz konusu bilgi ve tecrübeye sahip olduğunun gösterilmesi yeterli gerekçe sayılabilecektir. Bunun dışında, o işi yapacak aynı nitelikte başka bir kişinin belli bir süre içinde istihdam edilemeyeceğinin kanıtlanması gerekmeyebilecektir. Böylece, nitelikli işçi istihdam edilirken, işverenin tercih ettiği bir işçiyi işe alması kolaylaştırılmış olmaktadır. Öte yandan, benzer bir kolaylığın nitelsiz iş kollarında çalışan yabancıların istihdamında gösterilmesi gerekmeyebilecektir. Sonuç olarak, mülga kanundan farklı olarak UİK m. 9(c)’de esnek bir şarta yer verilmesi yerinde olmuştur.

Bunun dışında, UİK m. 9(c)’deki şartta dikkat çeken bir unsur bulunmaktadır: ancak yabancı istihdamın söz konusu olması durumunda, belli bir gerekçe gösterilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bu şart belli bir istihdamın söz konusu olmadığı bağımsız çalışma izninde aranamaz. Bu durumda, bağımsız çalışma iznine başvuran yabancının, Türkiye’de yapmak istediği işle ilgili bir boşluğun olduğunu gerekçelendirmesi, en azından UİK m. 9(c)’deki bu şart altında aranamayacaktır. Fakat benzer bir denetimin UİK m. 9(a) (uluslararası işgücü politikasına uygun olma şartı) veya m. 9(e) (Bakanlıkça belirlenen değerlendirme kriterlerinin karşılanması) altında yapılması söz konusu olabilir.

Mülga kanundaki bir diğer önemli ret sebebi olan “[i]ş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişikliklerinin çalışma izni verilmesine elverişli olmaması” da, UİK m. 9’da sayılan bentler arasında yer almamaktadır; sadece UİK m. 12(3) kapsamında bir sınırlama olarak düzenlenmiştir. Ancak UİK

m. 9(a)'da belirtilen çalışma izni başvurusunun uluslararası işgücü politikasına uygunluğu şartı, çalışma izni başvurusu değerlendirilirken, özellikle iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişikliklerinin dikkate alınmasını gerektirecektir. Ayrıca Bakanlık'ın belirleyeceği puanlama sisteminde de, bu özellikleri içeren değerlendirme kriterlerine yer verilmesi muhtemeldir.

6. Ön izin şartı

Sağlık ve eğitim alanlarında olduğu gibi, meslekî yeterlilik gerektiren hizmetlerde çalışacak yabancılarla ilgili ise, biraz daha farklı bir usul benimsenmiştir. UİK m. 8'e göre, bu alanlarda çalışacak kişilerin, çalışma izni başvurusundan ve çalışma izni uzatma başvurusundan önce ilgili bakanlıktan (Sağlık Bakanlığı veya Millî Eğitim Bakanlığı) ön izin almaları gerekmektedir. Ön izin alınması gereken meslekler, ilgili bakanlıklardan alınan görüşlere göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenmektedir.⁵⁵ Bu şekilde ön izin alan yabancıların çalışma izni başvurularında, bu yabancıların gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımasını gerektiren UİK m. 9(d)'deki şart aranmayacaktır (UİK m. 8(3)); çünkü ön izin alan yabancıların meslekî yeterlilikleri zaten ilgili kamu otoriteleri tarafından değerlendirilmeye tâbi tutulmuş olacaktır.⁵⁶

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu⁵⁷ m. 34 kapsamında sözleşme ile görevlendirilecek yabancı uyruklu öğretim elemanlarının çalışma iznine başvurabilmesi için de, Yükseköğretim Kurulu'ndan ön izin alması gerekmektedir (UİK m. 8(4)). Ön izin alan yabancı öğretim üyelerinin çalışma izni başvuruları, sadece çok sınırlı sebeplerle reddedilebilir. Bu sebeplerden biri, yabancı öğretim üyesinin, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu uyarınca Türkiye'ye girişine izin verilmeyen, Türkiye'den vize alamayan ya da Türkiye'den sınır dışı edilmesi gereken kişiler arasında yer almasıdır. Bir diğer sebep, bu öğretim üyesine çalışma izninin verilmesinin kamu düzeni, güvenliği veya sağlığına tehdit oluşturmmasıdır. Son sebep ise, öğretim üyesi-

⁵⁵ 27 Aralık 2016 tarihli Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği Taslağı m. 22(2)'de de, ön izin alınması gereken mesleklerin Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Oysa yönetmelik yürürlüğe girene kadar, bu mesleklerin belirlenmesi ve bu hususun yönetmelikte düzenlenmesi yerinde olabilecektir.

⁵⁶ Madde Gerekçesi (Madde 8), s. 24.

⁵⁷ Genel yürürlük tarihi: 4 Kasım 1981; Resmî Gazete sayı: 17506.

nin, Türkiye'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin olmadığı bir devletin vatandaşı olmasıdır.

Ar-Ge Merkezi Belgesi olan firmalarda Ar-Ge personeli olarak çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularından önce de, benzer bir biçimde Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'ndan olumlu görüş alınması gerekmektedir (UİK m. 8(6)). Ancak Kanun burada “ön izin” yerine “olumlu görüş” ifadesini kullanmaktadır. Buradaki “olumlu görüş”ün muhtevası, ön izinle karşılaştırılabilir nitelikte olsa da, aynı olmayacaktır.⁵⁸ Zira, olumlu görüş aranmasındaki amaç, çalışan kişinin yeterliliğinin önceden ölçülmesi değil, yabancılara verilecek çalışma izninin ilgili bakanlığın politikalarıyla uyumlu olmasının sağlanmasıdır.⁵⁹ Dolayısıyla, UİK m. 8(3)'e göre, ön izin alan yabancıların çalışma izni, bu kişilerin gerekli nitelik ve uzmanlığa sahip olmamaları nedeniyle reddedilemezken, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'ndan olumlu görüş alan yabancı Ar-Ge personelinin çalışma izinleri bu sebeple reddedilebilecektir. Bu yorum, UİK m. 8'deki düzenlemenin sistematığına da uygundur. Zira, ön izin kurumu en başta üç bent hâlinde genel olarak düzenlenmiş; daha sonra yabancı öğretim üyelerine ilişkin getirilen ön izin düzenlemesinde, çalışma izni başvurusunun ret koşullarına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. UİK m. 8'de, ilk üç bent altında düzenlenmeyen yabancı Ar-Ge personeli için alınması gereken olumlu görüşün, bu üç bentin doğurduğu sonuçla aynı sonucu doğurması tutarlı olmayacaktır.

Genel bir değerlendirme yapılması gerekirse, Uluslararası İşgücü Kanunu'nda getirilen ön izin prosedürü, Kanun'un, en azından çalışma iznine ilişkin usuli işlemler bakımından, en önemli yeniliklerinden biridir.⁶⁰ Bu prosedür, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun kaliteli işgücü çekme amacı çerçevesinde, çalışma izni başvuru sürecinde yapılan denetimin gerekli alanlarda daha yetkin kişiler tarafından yapılmasını sağlamaktadır.

C. Çalışma İzni Başvurusunun Sonucu

Çalışma izni başvurusunun olumlu sonuçlanması ve yabancıya çalışma izni verilmesi durumunda, bu çalışma izni aynı zamanda Türkiye'de ikamet izni yerine de geçecektir. Bu durum, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Ka-

⁵⁸ Karş Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 192.

⁵⁹ Madde Gerekçesi (Madde 8), s. 25.

⁶⁰ Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 188 ve 191.

nunu m. 27’de ve UİK m. 12(1)’de belirtilmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 27 düzenlemesi oldukça yerindedir; bu düzenlemeden önce harç alınması dışında hiçbir menfaate hizmet etmeyen gereksiz bir bürokratik sürece sebep olan bir sistem uygulanmaktaydı.⁶¹ UİK m. 12(1) de bu değişikliği tasdik etmektedir. Elbette, yabancının sadece ikamet izni olması, ona çalışma hakkı tanımayacaktır (UİK m. 12(1)).

Yurtdışından yaptığı çalışma izni başvurusu olumlu sonuçlanan ve çalışma izni alan yabancı, çalışma izninin geçerliliğinin başladığı tarihten itibaren altı ay içinde Türkiye’ye gelmek zorundadır; aksi hâlde, yabancının çalışma izni iptal edilir (UİK m. 12(2)). Bu hüküm, çalışma iznini alan yabancının altı ayda Türkiye’ye gelememesi için önemli bir mazeretinin olduğu ihtimallerde de uygulama bulacaktır. Zira, kanun, mazeret durumunda bu sürenin uzatılabileceğini öngörmemiştir. Örneğin çalışma iznini alan bir kişi, izni aldıktan sonra oluşan ciddi sağlık sorunları ya da bir trafik kazasına uğraması nedeniyle bir yıla yakın bir süre hastanede yatmak durumunda kalır ve bu nedenle Türkiye’ye altı ay içinde giremse de, UİK m. 12(2) uyarınca çalışma izninin alınmasından itibaren altı ay içinde Türkiye’ye gelmediği için, alınan çalışma izni geçerliliğini kaybedecektir. Bu durumdaki bir kişi için çalışma iznine yeniden başvurulması gerekmektedir.

Son olarak, çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti, yabancının pasaport veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinden en geç altmış gün önce bitecek şekilde verilebilir (UİK m. 24(1)).

D. Çalışma İzninin Geçerliliğini Kaybetmesi

UİK m. 15, çalışma izni ve çalışma izni muafiyetinin hangi şartlarda geçerliliğini kaybedeceğini düzenlemiştir. Çalışma izninin veya çalışma izni muafiyetinin geçerliliğini kaybetmesinin iki sebebi bulunur. Bunlardan biri, izin veya muafiyetin süresinin dolmasıdır; diğeri ise bu izin veya muafiyetin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından iptal edilmesidir (UİK m. 15(1)). Çalışma izni veya muafiyetin hangi şartlarda iptal edileceği de UİK m. 15(2)’de on bent hâlinde sayılmıştır. Bu sebeplerin bir kısmı, çalışma izni başvurusunda aranan şartlarla örtüşmektedir. Bu on bentte sayılan diğer sebepler de, konuyla ilgili çeşitli teknik sebeplerdir. Bu nedenle, çalışma izninin iptali ile ilgili sebepler daha ayrıntılı olarak açıklanmayacaktır.

⁶¹ Teksoy, s. 246-247.

III. ÇALIŞMA İZNİNİN TÜRLERİ VE ÇALIŞMA İZNI MUAFİYETİ

A. Süreli Çalışma İzni

Uluslararası İşgücü Kanunu'nda düzenlenen ilk tür çalışma izni, süreli çalışma izinleridir. Bu çalışma izinleri yabancıya Türkiye'de sadece belli bir süre çalışma izni sağlar. Bu sürenin dolmasından sonra, Türkiye'deki işyeri ile sözleşmesi devam eden ve Türkiye'de çalışmak isteyen yabancının, süre uzatım başvurusu yapması gerekecektir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yayınladığı istatistiklere bakıldığı çalışma izni başvurularının hemen hemen tamamının süreli çalışma iznine ilişkin olduğu görülebilecektir.⁶²

Çalışma izni, yabancıya sadece belirli bir işte çalışmak üzere verilir. Yabancı'nın yaptığı iş veya hizmet sözleşmesi süresini aşmamak kaydıyla, ilk başvuruda en çok bir yıllık çalışma izni verilebilir (UİK m. 10(1)). Bu sürenin dolmasından sonra, yabancı'nın aynı işverene bağlı çalışmaya devam etmesi durumunda, ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, ikinci ve sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıllık çalışma izni verilebilir (UİK m. 10(2)).⁶³ Yabancı'nın belli bir işverende çalışmak üzere çalışma izni aldıktan sonra, daha sonra farklı bir işveren yanında çalışmak için başvurması durumunda, bu başvuru yeni bir başvuru gibi değerlendirilecektir (UİK m. 10(2)). Bir başka deyişle, Türkiye'de geçerli bir çalışma izni ile bir işyerinde çalışan kişi, daha sonra başka bir işyerinde çalışmak isterse, bu kişi sanki Türkiye'de ilk kez bir işyerinde çalışmak üzere çalışma izni alıyormuş gibi, ona en fazla bir yıllık çalışma izni verilebilecektir.

Yeni kanunda öngörülen bu sistem, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m. 5'te öngörülen süreli çalışma izni sistemini kısmen de olsa

⁶² Bu veriler Uluslararası İşgücü Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki döneme aittir. Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemden sonra, özellikle bağımsız çalışma izinlerinde bir artış meydana gelmesi muhtemeldir. Verilere göre, 2011'de 17318, 2012'de 32190, 2013'te 45725, 2014'te 52206, 2015'te 64426 kişi süreli çalışma iznine başvurmuştur. Bu tarihlerde süresiz çalışma izni başvuruları 80 ilâ 132 adet arasında, bağımsız çalışma izni başvuruları ise 3 ilâ 16 adet arasında olmuştur. Dolayısıyla, başvuruların %99,5'ten fazlası süreli çalışma iznine ilişkindir. Bu veriler için bkz. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, *Yabancıların Çalışma İzinleri 2015* (Ankara, 2016) ("<https://www.csgeb.gov.tr/media/3209/yabancii-zin2015.pdf>") adresinden ulaşılabilir; erişim tarihi 20 Ocak 2018).

⁶³ Bu süreler, mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m. 5'te öngörülen sürelerden farklıdır; ancak bu fark ciddi bir fark değildir.

değiştirmiştir. Mülga kanunda da, ilk süreli çalışma izni başvurusunda bir yıllık çalışma izni verilmekteydi. İkinci başvuruda çalışma izninin süresi üç yıla kadar uzatılabiliyordu (iki yıllık çalışma izni daha veriliyordu). Üçüncü başvuruda (ikinci uzatma başvurusunda) da çalışma izni süresi altı yıla kadar uzatılabiliyordu (üç yıllık çalışma izni daha veriliyordu). İlk uzatma başvurusunda çalışanın aynı işyeri ve aynı meslekte çalışması, ikinci uzatma başvurusunda ise aynı meslekte çalışması gerekmekteydi. Diğer bir deyişle, yeni kanundan farklı olarak mülga kanun, ikinci uzatma başvurusunda artık işçinin aynı işyerinde çalışmasını üç yıllık çalışma izni verilmesi için aramıyordu. Oysa yeni kanunda işveren değişimi durumunda, yabancı işçinin ilk kez çalışma iznine başvuruyor gibi bir yıllık çalışma iznine başvurusu gerekmektedir.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nda, bir yabancının Türkiye'de süreli çalışma izni ile çalışabileceği azamî süre belirtilmemiştir. Böyle bir sınırlamanın olmaması nedeniyle, bir yabancı, dilerse yıllar boyunca en uzun üç yıllık olmak üzere süreli çalışma izinleri ile Türkiye'de çalışabilecektir. Yabancının UİK m. 10(3) uyarınca çeşitli süreli çalışma izinleri ile Türkiye'de sekiz yıl boyunca çalışması sonucu süresiz çalışma iznine başvuru hakkı kazanması, o kişinin süresiz çalışma izni yerine süreli çalışma iznine başvuramayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak süresiz çalışma iznine başvurma hakkı olan yabancının, bunun yerine defalarca süreli çalışma iznine başvurusu pratikte gerçekleştirilecek bir ihtimal olarak gözükmemektedir.

B. Süresiz Çalışma İzni

1. Süresiz çalışma iznine sahip yabancılara tanınan haklar

Kanun'da düzenlen bir diğer çalışma izni türü, süresiz çalışma iznidir. Süresiz çalışma izni alan yabancıların, Türkiye'de başka bir işte çalışmak için yeniden çalışma iznine başvurmaları ya da çalışma izinlerini yenilemeleri söz konusu olmayacaktır. Bu izne sahip yabancılar, yabancılara yasaklanan işler dışında, diledikleri işlerde çalışabileceklerdir.⁶⁴ Daha da önemlisi, süresiz çalışma izni olan yabancılar, uzun dönem ikamet izninin⁶⁵ sağladığı

⁶⁴ Aysel Kuşaksız Tanboğa, 'Yabancıların Çalışma İzinleri' (2014/121) *Dayanışma Dergisi* 59, s. 69. Ayrıca bkz. Sema Çörtoğlu Koca, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler' (2016/2) *Ankara Barosu Dergisi* 41, 72.

⁶⁵ Bu iznin "uzun dönem ikamet izni" olarak değil, "süresiz ikamet izni" olarak adlandırılması gerektiği yönünde, bkz. Ekşi, s. 244.

tüm haklardan ve bazı özel düzenlemeler haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanabileceklerdir (UİK m. 10(4)). Aynı fıkrada, süresiz çalışma izni sahiplerinin seçme, seçilme, kamu görevlerine girme hakkı olmadığı, askerlik hizmeti yükümlülüğünün de bulunmadığı ayrıca belirtilmiştir. Böylece UİK m. 10(4), uzun dönem ikamet izninin sağladığı hakları düzenleyen Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 44'teki hükme paralel bir düzenleme getirmiştir ve ayrıca süresiz çalışma izni olan yabancıların uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, bu hüküm içinde bir tekrarı barındırmaktadır.⁶⁶

2. Uzun dönem ikamet izni bulunan yabancılar ve süresiz çalışma izni

UİK m. 10(3)'e göre, iki grup yabancıların süresiz çalışma iznine başvurmaya hakkı vardır. Birinci grup, Türkiye'de uzun dönem ikamet izni bulunan yabancılarıdır. Uzun dönem ikamet izni Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 42'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Türkiye'de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olan ya da Göç Politikaları Kurulunun belirlediği şartlara uyan yabancıları, Bakanlığın onayıyla valilikler tarafından süresiz ikamet izni verilir".

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 44, uzun dönem ikamet izni bulunan yabancıları tanınan hakları düzenlemektedir. Bu hüküm, özel kanunlardaki düzenlemeler hariç olmak üzere, uzun dönem ikamet izni bulunan yabancıların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanabileceğini belirtmektedir. Bu hükümden yola çıkılarak, uzun dönem ikamet izni sahibi kişilere TVK m. 28'de düzenlenen Mavi Kartlı statüsüne benzer bir statü verildiği akla gelebilir.⁶⁷ Fakat özel kanunlardaki düzenlemeler nedeniyle, uzun dönem ikamet izni bulunan yabancıları tanınan haklar, Mavi Kartlı statüsüne göre daha alt seviyede kalmaktadır.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 44'ün, uzun dönem ikamet izni sahiplerine, kanunda ve diğer mevzuatta öngörülen istisnalar haricinde, Türk vatandaşlarına verilenlerle aynı hakları vermesi ve çalışma hakkının bu istisnalar arasında gösterilmemesi nedeniyle, bu statünün Türkiye'de çalışma

⁶⁶ Ekşi, s. 244.

⁶⁷ Bkz. Çörtoğlu Koca, 69. Ayrıca bkz. Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 102.

hakkı verdiği ileri sürülmüştür.⁶⁸ Örneğin, Özkan, “uzun dönem ikamet izni sahibi yabancıların, kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, çalışma izni almadan Türkiye’de çalışma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Zira YUKK’da bu kişilerin Türk vatandaşları gibi işlem göreceği kabul edilmiştir” demektedir.⁶⁹ Doğan da, *Türk Yabancılar Hukuku* başlıklı kitabının ilk basısında uzun dönem ikamet izni sahibi yabancıların Türkiye’de çalışmak için çalışma izni almalarına gerek olup olmadığı mevzusunun açık olmadığını belirtmiş; daha sonra da yaptığı analiz sonucunda, “uzun dönem ikamet izni sahibi yabancıların da, eski Türk vatandaşları gibi, çalışma izni almadan Türkiye’de çalışma hakkına sahip oldukları kabul edilmelidir”⁷⁰ sonucuna ulaşmıştır.

Bununla birlikte, Uluslararası İşgücü Kanunu’nun dikkate alındığı bir değerlendirme sonucu, aynı yazar (Doğan) kitabının ikinci basısında, Uluslararası İşgücü Kanunu’ndaki düzenlemenin özel kanun hükmü niteliğinde olduğunu ve bu hüküm gereğince, uzun dönem ikamet izni olan yabancıların da çalışma izni alma koşuluyla Türkiye’de çalışmalarına müsaade edilebileceğini, fakat bu statüdeki yabancılara kanunun süresiz çalışma iznine başvurma hakkı tanıyarak bir kolaylık sağladığını belirtmiştir.⁷¹ Aslında yazar, uzun süreli ikamet iznine sahip kişilerin Türk hukukuna göre çalışma izninin olmamasını; bu kişilerin ancak çalışma iznine başvurmak şartıyla Türkiye’de çalışabileceklerini Uluslararası İşgücü Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce 6552 sayılı kanunla yapılan değişikliğe bağlamaktadır.⁷² Gerçekten de, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun⁷³ m. 22 ile mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m. 6’nın, bu makalenin yazıldığı sırada yürürlükte olan UİK m. 10(3)’ün günümüzdeki hükmüne benzer bir biçimde değiştirilmesi sonucu, uzun süreli ikamet izni sahiplerinin çalışma hakkı kısıtlanmıştır. Bu kişilerin Türkiye’de çalışabilmesi süresiz çalışma izni almalarına bağlanmıştır.

⁶⁸ Bu tespit için bkz. Teksoy, s. 247-248.

⁶⁹ Işıl Özkan, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (Seçkin, 2017, 2. Bası), s. 472.

⁷⁰ Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (Savaş, 2016, 1. Bası), s. 161.

⁷¹ Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 102-103 ve 208.

⁷² Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 208. Aynı görüşte, Çörtoğlu Koca, s. 71-72; Teksoy, s. 248-249.

⁷³ Yürürlük tarihi: 11 Eylül 2014; Resmî Gazete Sayı: 29116 (Mükerrer).

Doğan (yazarın kitabının 2. basısındaki görüşünün), Çörtoğlu Koca ve Teksoy'un yorumunun kanun sistematığına daha uygun olduğu açıktır. Uluslararası İşgücü Kanunu'ndaki düzenleme, uzun dönem ikamet iznine sahip kişilerin de, süresiz çalışma iznine başvurabileceğini düzenlemektedir. Nasıl ki, bir diğer grup olan Türkiye'de en az sekiz yıl kanunî çalışma izni ile çalışan yabancılar, süresiz çalışma izni sahibi olmak için bir başvuru yapmaktadırlar; uzun dönem ikamet izni olan yabancıların da süresiz çalışma izni için bir başvuru yapmaları kanunda öngörülmüştür. Üstelik, Ekşi'nin de belirttiği üzere, yabancının bu iki gruptan herhangi birinde olması (uzun dönem ikamet izni sahibi yabancı bile olması), kendisine süresiz çalışma izni verilmesi yönünde mutlak bir hak tanımayacak ve bu kişinin süresiz çalışma izni başvurusu reddedilebilecektir.⁷⁴ Doğan da, yeni görüşünü ileri sürdüğü kitabında bu tespiti yapmış; uzun dönem ikamet izni olan kişilere, süresiz çalışma izninin verilmesi yönünde idarenin takdir hakkı olduğunu belirtmiştir.⁷⁵ UİK m. 10(3)'ün ikinci cümlesi bu hususu zaten açıkça ifade etmektedir: “yabancının başvuru şartlarını taşıması yabancıya mutlak hak sağlamaz”. Bu hüküm süresiz çalışma iznine başvurabilecek her iki grupta yer alan yabancılar için de geçerlidir; kanun bu hükmün (UİK m. 10(3)'ün ikinci cümlesi) uygulanmasıyla ilgili olarak bu gruplar arasında bir ayırım yapmamıştır.

3. Sekiz yıl kanunî çalışma izni ile çalışmış yabancılar

İkinci grup ise, daha önce aldığı süreli çalışma izinleriyle, en az sekiz yıl kanunî çalışma izni ile çalışan yabancılarıdır.⁷⁶ Bu yabancıların tek bir işyerinde sekiz yıl boyunca çalışmaları gerekmemektedir. Türkiye'ye gelip belli bir işyerinde bir süre çalıştıktan sonra, iş değiştirme kararı alan ve bu sebeple ilk seferinde tekrar bir yıllık çalışma izni alan yabancıların da toplam çalışma izin sürelerinin sekiz yıla ulaşması durumunda, bu yabancılar süresiz çalışma iznine başvurabileceklerdir.

Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de, sekiz yıl süreli çalışma izni ile Türkiye'de çalışan bir yabancının, süresiz çalışma iznine ge-

⁷⁴ Ekşi, s. 243-244.

⁷⁵ Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 103.

⁷⁶ Mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m. 6'nın ilk hâlinde, toplam altı yıllık kanunî çalışma süresini dolduran yabancılar süresiz izin verilebileceği düzenlenmekteydi. Ancak 6552 sayılı Kanun (Resmî Gazete sayı: 29116, tarih: 11 Eylül 2014) m. 22 ile yapılan değişiklikle bu süre sekiz yıla çıkartılmıştır.

çebilmesi için, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 28 anlamında Türkiye’deki ikametinin kesintiye uğrayıp uğramadığının dikkate alınmayacak olmasıdır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 28(1)’e göre, bir yılda toplam altı ayı geçen veya son beş yıl içinde toplam bir yılı aşan Türkiye dışında kalışlar ikamette kesinti sayılacaktır. Ancak ikamette kesinti sayılabilecek bu durumlar, çalışma izninde kesinti sayılmamış; kanun koyucu çalışma izinlerine ilişkin daha farklı bir düzenleme öngörmüştür (UİK m. 15(2)(ğ)). Yabancıнын süresiz çalışma iznine başvurmasıyla ilgili olarak, UİK m. 15(2)(ğ)’deki şarta uyarak sekiz yıl boyunca süreli çalışma izni ile çalışması dışında ayrıca Türkiye’de bulunmadığı sürelerle ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir.

4. Süresiz çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesi

UİK m. 10(3)’te, “yabancıнын başvuru şartlarını taşıması yabancıya mutlak hak sağlamaz” denmiştir. Buna göre, süresiz çalışma iznine başvurmaya hakkı olan bir yabancıнын başvurusu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın belirlediği uluslararası işgücü politikası çerçevesinde reddedilebilecektir. Bakanlık’ın bu başvuruları kabul etmeme yönünde takdir yetkisi bulunmaktadır.⁷⁷

Ancak bu takdir yetkisinin keyfî olarak kullanılması mümkün değildir. Bakanlık’ın uzun süreli çalışma iznine başvuru hakkı olan yabancıların bu başvurularını reddetmesi durumunda, kararını kabul edilebilir, meşru gerekçelere dayandırması gerekecektir. Bu durum, vatandaşlığın yetkili makam kararı ile kazanılmasında idarenin takdir hakkı olmasına benzetilebilir.⁷⁸ Vatandaşlık hukukunda da, yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanılması hâllerinde idareye takdir hakkı verilmiştir. Vatandaşlık başvurusu yapan kişinin tüm şartları yerine getirmesi, bu kişinin vatandaşlığa kabul edilmesi yönünde ona mutlak bir hak sağlamayacaktır.⁷⁹ Fakat bu takdir hakkı sonucu verilen idarî karar da idarenin her türlü eylem ve işlemi gibi yargısal denetime tâbidir.⁸⁰ İdarenin takdir hakkı olan bir konuda yargı denetimi, kararın keyfî bir şekilde verilir verilmeyişi denetleyecektir. Bu nedenle, takdir

⁷⁷ Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 103.

⁷⁸ Bkz. Nomer, s. 76-79.

⁷⁹ Nomer, s. 76-77.

⁸⁰ Nomer, s. 77.

yetkisinin kamu yararı çerçevesinde kullanılması gerekmektedir. Erdem'in de belirttiği üzere, "[i]dari makamın sahip olduğu takdir yetkisi, yetkinin özgülendiği özel kamu yararı kategorisine ait amaç dışında başkaca bir kamu yararı amacıyla hareket ederek işlem tesis eder ise bu durum yetki saptırması olup maksat unsuru bakımından da hukuka aykırılık oluşturur".⁸¹

Öte yandan, idareye verilen takdir yetkisinin yargı organı tarafından idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak derecede çok sıkı bir biçimde denetlenmesi de kabul edilemez.⁸² Diğer bir deyişle, yargı organları idarenin takdir yetkisini kullanırken yerindelik denetimi yapamaz.⁸³ Bu durum, Anayasa m. 125(4)'te de belirtilmiştir. Fakat bu husus, idareye tanınan takdir yetkisinin keyfî bir biçimde kullanılabileceği, kanunun çizdiği sınırların aşılabileceği, hukuka ve kamu yararına uygun olmayan ve gerekçesiz kararlar verilebileceği anlamına gelmemektedir.⁸⁴ Çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde de, idarenin takdir hakkı bu çerçevede kullanılmalıdır.

5. Süresiz çalışma iznine başvurunun şartı olarak sekiz yıl kanunî çalışma süresi aranmasının yerindeliği ve Türk vatandaşlığına başvuru için aranan beş yıllık ikamet süresi

Kanun koyucunun Uluslararası İşgücü Kanunu'nda süresiz çalışma izni verilmesi için öngördüğü sekiz yıllık süre bir açıdan eleştiriye açıktır.⁸⁵ TVK m. 11'e göre, Türk vatandaşlığına başvurmak isteyen yabancıların, Türkiye'de kesintisiz olarak beş yıl süreyle ikamet etmeleri gerekmektedir. Türkiye'de çalışma izni olan yabancıların, UİK m. 12(1) uyarınca aynı zamanda Türkiye'de ikamet izni de bulunmaktadır. Dolayısıyla, Türkiye'de çalışma izni ile çalışan yabancıların TVK m. 11 anlamında Türkiye'de ikamet ettiği kabul edilmelidir. Bu hükme göre, bu kişi, beş yılın sonunda Türk vatandaşlığına başvurabilecektir.

⁸¹ Erdem, s. 119-120.

⁸² Turan / Tanrıbilir, s. 67.

⁸³ Doğan, *Vatandaşlık*, s. 62.

⁸⁴ Bkz. Turan / Tanrıbilir, s. 68. Ayrıca bkz. Aybay / Özbek, s. 111-114.

⁸⁵ Benzer bir eleştiri, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 42 kapsamında, süresiz ikamet izni açısından da getirilebilir. Bu hükme göre de, bir yabancıya süresiz ikamet izni verilmesi için, yabancıların kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle Türkiye'de kalmış olması gerekmektedir.

Elbette Türkiye’de çalışan yabancı bir kişinin Türk vatandaşlığına geçme yönünde bir arzusu olmayabilir. Üstelik, bu yabancının hâlihazırda var olan vatandaşlığı, Türk vatandaşlığını kazanmasını engelliyor da olabilir. Bu kişinin Türk vatandaşlığını almak için kendi vatandaşlığından çıkması gerekebilecektir. Ayrıca bu kişi Türk vatandaşlığını kazanmak için—vatandaşlığın kazanılması anlamında—kesintisiz ikamet⁸⁶ veya Türkçe bilmek gibi çeşitli şartları karşılamıyor olabilir.

Yine de, olağan telsik yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasındaki en kritik şartın Türkiye’de beş yıl geçirilmesinin gerekmesi olduğu ifade edilebilir.⁸⁷ Bu şart, kişinin vatandaşlığına başvurduğu ülke ile belli bir uyum sağlamış olmasının tespitinde en önemli unsurlardan biridir.⁸⁸ Bu şartın karşılanması, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişinin, Türkiye’yi yaşamak istediği yer olarak (bir diğer deyişle kendi yurdu olarak) benimsediği ve topluma uyum sağladığı yönünde önemli bir gösterge oluşturacaktır.⁸⁹ Üstelik bir yabancının çalışma izni ile Türkiye’de kalması, vatandaşlığın kazanılması için gerekli bir diğer şart olan yabancının Türkiye’de yerleşmeye niyetini gösterme (TVK m. 11(1)(c)) ile de uyumsuz olmayacaktır.⁹⁰ Böylece çalışma izni ile Türkiye’de 5 yıl boyunca ikamet eden bir yabancının Türk vatandaşlığına başvurması mümkün olabilecektir. Oysa, yabancının Türkiye’de sığınmacı, öğrenim izni veya turistik vize ile kalıyor olması,

⁸⁶ TVK m. 11’deki ikamet süresine ilişkin şartın bir önceki kanundan en önemli farkı, bu sürenin “kesintisiz” olması gerektiğinin vurgulanmasıdır. Zira TVK m. 15’e göre, Türk vatandaşlığına başvuran kişi, başvuru için aranan ikamet süresi içinde toplam altı ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilir. Bu sürenin hesaplanmasında, yurtdışında kalış amacına bakılmamaktadır (Nimet Özbek Hadimoğlu, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan İkamet İzni Türleri ile Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranan İkamet Şartı Arasında İlişki’ (2012) 102 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 149, s. 155). Bir diğer fark da, eski düzenlemede yurtdışında geçirilen süre ikamet süresinden sayılmazken, yürürlükteki kanunda yurtdışında geçirilen sürenin ikamet süresi içinde değerlendirilmesidir. Bu yönde, bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri’ (2008) 75 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 27, s. 36-37.

⁸⁷ Benzer görüşte, bkz. Doğan, *Vatandaşlık*, s. 66.

⁸⁸ Doğan, *Vatandaşlık*, s. 66.

⁸⁹ Aybay / Özbek, s. 115; Nomer, s. 81. Ayrıca bkz. Özbek Hadimoğlu, s. 152-153; Cemil Güner, ‘Yetkili Makam Kararıyla Genel Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Öğrenci Olmanın Etkisi’ (2016/2) *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 291, s. 295-296.

⁹⁰ Bkz. Özbek Hadimoğlu, s. 158; Güner, s. 303.

Türk vatandaşlığının kazanılması açısından geçerli bir ikamet olarak kabul edilmeyecektir.⁹¹

Bu durumda, Türkiye’de sürekli çalışma izni ile beş yıldır yaşayan bir kişinin, Türk vatandaşlığına başvurmak için gerekli şartları tamamlaması mümkündür. Ancak bu kişinin bu süre içinde süresiz çalışma iznine başvurması mümkün değildir. Bir kişiye çok daha fazla hak veren ve Türkiye Cumhuriyeti ile kişi arasında çok daha kuvvetli bir bağ kuran Türk vatandaşlığı beş yılda kazanılabiliyorken, kişiye daha az hak tanıyan Türkiye’de süresiz çalışma izninin sekiz yılda verilmesi bir çelişki oluşturmaktadır. Söz konusu yabancı kişi Türk vatandaşlığına başvurmadan Türkiye’de çalışmaya devam etmek isteyebilir veya Türk vatandaşlığına başvurmak için aranan diğer şartları yerine getirmeyebilir. Ancak hukuk politikası olarak, vatandaşlığın kazanılması için geçirilmesi gereken süre ve süresiz çalışma izninin kazanılması için geçirilmesi gereken sürenin belirlenmesinde, bu iki statünün verdiği hakların ve devletle kişi arasında kurduğu bağın önemi dikkate alınmalıdır. Türk vatandaşlığı bir kişiye süresiz çalışma izninin verdiği tüm hakları tanıyabiliyorken, bu statünün daha evvel kazanılmasında bir tutarsızlık bulunmaktadır.

Örneğin Birleşik Krallık’ta süresiz çalışma izni kural olarak beş yılda kazanılabiliyorken, vatandaşlığın kazanılması için süresiz çalışma izninin alınmasından sonra en az bir sene daha o ülkede ikamet edilmesi gerekmektedir.⁹² İsviçre’de de (örneğin Cenevre Kantonu’nda) vatandaşlık başvurusu yapılması için süresiz oturum izni (“*permis C*”) sahibi olmak zorunludur.⁹³ Türk hukukunda ise, benzer yollarla vatandaşlığa başvurmak isteyen bir kişinin (ülkeye çalışmak üzere gelip ülkeye yerleşmeye karar veren bir yabancı- nın), Türk vatandaşlığına başvurması için önceden uzun dönem ikamet izni

⁹¹ Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (Yürürlük Tarihi: 6 Nisan 2010; Resmî Gazete Sayı: 27544) m. 71(ç). Ayrıca bkz. Güner, s. 303-304.

Ancak TVK m. 11’de öngörülen şartları karşılamasına rağmen bazı tip ikamet izinleriyle Türkiye’de kalan kişilerin Türk vatandaşlığına yönetmelik hükmü nedeniyle başvuramayacak olmasının, sınırlamanın kanunla getirilmesi gerektiği ilkesine (Anayasa m. 16’da öngörülen kanunilik ilkesine) aykırı olduğu ileri sürülmüştür (Özbek Hadimoğlu, s. 167-170; Güner, s. 309-310).

⁹² “<https://www.gov.uk/becoming-a-british-citizen>” (erişim tarihi: 20 Ocak 2018).

⁹³ “<https://www.ge.ch/devenir-suisse/naturalisation-ordinaire-depot-demande>” (erişim tarihi: 20 Ocak 2018).

veya süresiz çalışma izninin bulunması gerekmemektedir. Hatta bu kişi, bu statülere başvurma hakkı olmadan vatandaşlığa başvurabilmektedir. Diğer bir deyişle, süresiz çalışma izni çok daha uzun bir sürede kazanılabiliyorken, Türk vatandaşlığı daha kısa bir zamanda alınabilmektedir.

Bu çelişkinin giderilmesi için ayrı ayrı veya birlikte iki yönteme başvurulabilir. Birinci yöntem, Türkiye’de çalışan bir kişinin, süresiz çalışma iznine başvurmak için Türkiye’de çalışması gereken süre kısaltılabilir. İkinci yöntem ise, Türk vatandaşlığı kazanılması için gereken sürenin arttırılmasıdır. Birleşik Krallık gibi yoğun göç alan bir ülkedekine benzer sürelerin Türkiye’de süresiz çalışma izninin ve Türk vatandaşlığının kazanılması için uygulanması önerilebilir. Bu durumda, kural olarak Türkiye’de süresiz çalışma izni Türkiye’de en az beş yıl kanunî çalışma izni ile çalışılması sonucu, Türk vatandaşlığı ise bu süreye ek olarak en az bir yıl süresiz çalışma izni ile çalışılması veya her hâlde başvuru sahibinin en az altı yıl boyunca Türkiye’de yaşaması sonucu elde edilmesi önerilebilecektir.⁹⁴

C. Bağımsız Çalışma İzni

Bağımsız çalışma izni, UİK m. 3(a)’da “[y]abancıya Türkiye’de kendi ad ve hesabına çalışma hakkı veren çalışma izni” olarak tanımlanmıştır. Bağımsız çalışma izni, kural olarak profesyonel meslek mensubu yabancılara verilmektedir (UİK m. 10(6)). Profesyonel meslek mensubundan anlaşılması gereken, Türkiye’de serbest meslek icra etmek isteyen kişilerdir. Bu kişiler, avukat, hekim, psikolog, mühendis, mimar, muhasebeci gibi özel eğitim gerektiren meslek grubu mensupları olabileceği gibi, dış ticaret uzmanı, güvenlik uzmanı, eğitim danışmanı gibi özel bir formasyon gerektirmeyen meslek grubu mensupları ve gerçek kişi tacir konumunda olan girişimciler de olabilir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, Türk hukukunda bazı mesleklerin yabancılar tarafından icra edilmesinin yasaklanmış, bazı mesleklerin de icrasının özel şartlara tâbi tutulmuş olmasıdır. Örneğin Avukatlık Kanunu m. 3(a)’ya göre, yabancı bir kişinin Türkiye’de avukat olamayacağı yukarıda belirtilmişti. Yabancı avukatların Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı avukatlık ortaklıklarında çalışması mümkün olsa da, bu or-

⁹⁴ Hatta Türk vatandaşlığına başvuruda, başvuru sahibinin Türkiye’de süreli ve süresiz çalışma izni ile altı yıl geçirmesi gerekirken, çalışma izni haricinde Türkiye’de ikamet eden kişilerin (örneğin Türkiye’de bir süre öğrenim gören, daha sonra çalışan, ardından sadece ikamet eden yabancılara) Türk vatandaşlığına başvurmasında daha uzun süreler aranabilir.

taklıkların faaliyeti yabancı hukuk ve uluslararası hukuk konularında danışmanlık hizmeti vermekle sınırlandırılmıştır (Avukatlık Kanunu m. 44(B)).

Bağımsız çalışma izin başvuruları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca belirlenen uluslararası işgücü politikası doğrultusunda değerlendirilecektir (UİK m. 10(7)). Bu kapsamda, yabancı'nın eğitim düzeyi, meslekî deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi, getirdiği sermaye öncelikli olarak göz önüne alınacaktır. UİK m. 10(8), bağımsız çalışma izninin süreli olarak düzenleneceğini, ancak bu sürenin UİK m. 10(2)'deki sınırlamalara tâbi olmadığını belirtmiştir. Örneğin Türkiye'de tamir atölyesi kurmak isteyen bir yabancı marangoz, işlek bir caddede butik bir giyim mağazası açmak isteyen bir terzi ya da zeytinyağı fabrikası kurmak isteyen bir yabancı girişimci bağımsız çalışma iznine başvurduğunda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, bu kişilerin önceki deneyimlerini, marangozluk, terziilik ya da girişimcilik eğitimi alıp almadığını, kurulması planlanan atölye, mağaza ya da fabrikanın istihdamı artırıp arttırmayacağını, yapılan yatırımın ülke ekonomisine katkısının olup olmayacağını değerlendirdikten sonra, bu yabancılara üç yıllık, beş yıllık ya da sekiz yıllık bir çalışma izni verebilecektir. Bu kişiler, kanunî çalışma sürelerinin sekiz yılı bulması durumunda, UİK m. 10(3) uyarınca süresiz çalışma iznine başvurabileceklerdir.

Bağımsız çalışma iznine ilişkin sürelerle ilgili vurgulanması gereken bir nokta da, mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m. 7'de, Türkiye'de *en az beş yıl* kanuni ve kesintisiz olarak ikamet etmiş olmanın bağımsız çalışma izninin verilmesi için bir şart olarak öngörülmüş olduğudur. Dolayısıyla, eski sistemde bağımsız çalışma iznine başvurmak isteyen bir yabancı, Türkiye'de zaten beş yıl süreyle ikamet etmiş olmak zorundaydı. Böyle bir şart yeni kanunda bulunmamaktadır. Türkiye'ye ilk kez gelen bir yabancı dahi bağımsız çalışma iznine başvurabilir.⁹⁵

Serbest meslek sahibi ya da gerçek kişi tacir niteliğindeki girişimcilerden ayrı olarak, UİK m. 10(5), şirket ortağı ve yönetici konumundaki yabancıların çalışma iznini de düzenlemiştir. Bu hükme göre, limited şirket ortağı

⁹⁵ Elbette bu kişinin Türkiye'ye ilk kez geliyor olması, o kişinin kendi adına ve hesabına Türkiye'de yapmak istediği faaliyeti yapmasıyla ilgili yeterli pazar bilgisi olmayacağı sonucunu doğurabilecek ve çalışma izni başvurusunun nitelik eksiği nedeniyle reddedilmesine sebep olabilecektir.

olan müdürün, anonim şirket ortağı olan yönetim kurulu üyesinin ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket yöneticisi olan komandite ortağın çalışma izni alabilmesi mümkündür. Bu noktada vurgulanması gereken bir husus, yabancı bir kişinin bir Türk şirketinin ortağı ve yöneticisi olabilmesi için, çalışma izni almasının gerekmemesidir. UİK m. 13(7), anonim şirketin Türkiye’de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyesi ve diğer şirketlerin (örneğin limited şirket) yönetici sıfatı olmayan ortaklarına, çalışma izni muafiyeti alma hakkı tanımıştır. Ancak bu kişilerin Türkiye’de daha uzun kalmaları gerekiyorsa, bu kişilere çalışma izni muafiyeti verilemeyecek; bu kişilerin bağımsız çalışma iznine başvurmaları gerekecektir.

UİK m. 10(5)’te şirket ortağı olan yabancı yöneticilerin almaları gereken çalışma izninin türü özel olarak belirtilmemiştir. Bu kişiler, bir yandan şirket ortağı statüsündedirler, bir yandan da şirketin yöneticisi sıfatıyla çalışan statüsündedirler. Ancak şirket yöneticileri ile şirket arasındaki hukukî ilişkinin mahiyeti Türk hukukunda tartışmalı bir konudur.⁹⁶ Bu çerçevede, şirket ile yönetici arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, *sui generis* nitelikte bir sözleşme veya şirketler hukuku ve borçlar hukukuna ilişkin unsurları birlikte barındıran bir sözleşme olduğu görüşleri ileri sürülmüştür.⁹⁷ Bu hukukî ilişkinin mahiyeti ne olursa olsun, Türkiye’de bir şirket kuran yönetici, bu şirket çerçevesinde kurduğu işletmede “kendi ad ve hesabına” çalışan bir kişi statüsünde olmayacaktır. Gerçekten de, şirketin, yöneticiden farklı bir hukukî kişiliği bulunmaktadır. Yine de bu kişilerin bağlı çalışan işçilerden ayrı bir kategoride değerlendirilmesi gerekmektedir. UİK m. 10(5)’in lafzından anlaşılmasa da, takip eden fıkralar, şirket yöneticisi konumundaki yabancı ortakların bağımsız çalışma iznine tâbi tutulduğu yorumunun yapılmasını mümkün kılacaktır. Zira, UİK m. 10, ikinci fıkrasında süreli çalışma iznini, üçüncü ve dördüncü fıkrasında süresiz çalışma iznini, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkralarında ise bağımsız çalışma iznini düzenlemiştir. Beşinci fıkra düzenlenene şirket ortağı yöneticilerin çalışma izni, ikinci fıkra düzenlenene çalışma izninin kapsamına girmediği açıktır. Ayrıca beşinci fıkradaki çalışma izninin ayrı bir çalışma izni tipi olarak da değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira böyle bir yeni tip çalışma izni öngörülmüş olsa idi, kanun koyucunun bu çalışma izninin şartlarını

⁹⁶ Necla Akdağ-Güney, ‘Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları’ (2008) 57(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, s. 13.

⁹⁷ Akdağ-Güney, s. 14-17.

ayrıca düzenlemesi gerekirdi. Bu nedenle, beşinci fıkrada öngörülen çalışma izninin, sonraki fıkralarda öngörülen bağımsız çalışma izninin bir çeşidi olarak değerlendirilmesi gerekir. Üstelik UİK m. 10(7), bağımsız çalışma izni verilirken hangi kriterlere göre bir denetim yapılacağını düzenlerken, çalışma iznine başvuranın yabancı şirket ortağı olması durumunda ne miktarda sermaye payı olduğunun dikkate alınacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, UİK m. 10(5)’te düzenlenen çalışma izninin de, şartları UİK m. 10(7)’de belirlenmeye çalışılan bağımsız çalışma izninin bir türü olarak ele alındığı ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, tasarı metnine iliştirilen madde gerekçesine de bakıldığında, bu çalışma izninin bağımsız çalışma izni olarak düzenlendiği teyit edilebilecektir.⁹⁸ Ancak bütün bu yorumlara rağmen, terminolojik bir sorun bulunmaktadır. Şirket ortağı olan yöneticinin alacağı çalışma izni, UİK m. 3(c)’deki tanıma göre bir bağımsız çalışma izni değildir; çünkü bu kişi Türkiye’de kendi ad ve hesabına çalışmayacaktır. Bu nedenle, “bağımsız çalışma izni”nin adının ve tanımının, şirket ortağı kategorisindeki kişilere verilecek izinleri de kapsayacak bir şekilde “girişimci izni” ya da “girişimci çalışma izni” olarak değiştirilmesi ve şirket ortağı olan yöneticileri de kapsamı terminolojik açıdan daha doğru olacaktır. Gerçekten de, bağımsız çalışma izni, aslında *kendi işini kendi adına veya kuracağı şirket adına yapacak* kişiler için verilen bir girişimcilik iznidir.

D. Turkuaz Kart

1. Genel düzenleme

Uluslararası İşgücü Kanunu’nun getirdiği en önemli yeniliklerden biri de Turkuaz Kart uygulamasıdır. Turkuaz Kart, UİK m. 11’de düzenlenmiştir. Turkuaz Kart, yabancının eğitim düzeyi, meslekî deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’de yaptığı faaliyetin veya yatırımın Türk ekonomisine ve Türkiye’deki istihdama etkisi gözetilerek verilecektir. Turkuaz Kart uygulamasıyla, özellikle akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları olan, bilim, sanayi ve teknolojide stratejik olduğu kabul edilen bir alanda öne çıkmış veya ihracat, istihdam ya da yatırım kapasitesinin artmasını sağlayacak nitelikli yabancıların Türkiye’de çalışması ya da kendi işlerini kurmaları hedeflenmektedir. Geçici koruma sağlanan yabancılar, Turkuaz Kart uygulamasından yararlanamayacaklardır (UİK m. 11(6)). Bu nedenle,

⁹⁸ Madde Gerekçesi (Madde 10), s. 25

Türkiye’ye geçici koruma statüsünde gelen Suriyelilerin Turkuaz Kart’tan yararlanması söz konusu olamayacaktır.⁹⁹ Turkuaz Kart’ın verilebilmesi için Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu’ndan öneri alınması ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın belirlediği usule göre başvurunun uygun görülmesi gerekmektedir.

Turkuaz Kart’a ilişkin başvuru, değerlendirme ve geçiş süresine, Turkuaz Kart sahibine ve yakınına tanınan haklara ilişkin usul ve esasları düzenleyen Turkuaz Kart Yönetmeliği 14 Mart 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁰ Bu yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle, Türkiye’de fiilen Turkuaz Kart uygulaması başlamış oldu. Yönetmeliğin 5. maddesi, Turkuaz Kart’ın kimlere verilebileceğine ilişkin UİK m. 11(1)’den daha detaylı bir hüküm getirmektedir. Bu hükmeye göre, Turkuaz Kart *nitelikli işgücü* olarak değerlendirilen yabancılara, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü, bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayabilecek *yüksek nitelikli yatırımcılara*, üst düzey bilim insanı ve araştırmacılara, kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan yabancılara, Türkiye ve Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtıma katkı sağlayan ve Türkiye’nin millî menfaatine yönelik uluslararası düzeyde faaliyette bulunan kişilere verilebilecektir. Yönetmeliğin 11. maddesi, Turkuaz Kart başvurularında dikkate alınacak puanlama sisteminde uygulanacak kısıtları belirlemiştir.

UİK m. 11(4)’e göre, Turkuaz Kart, sahibine, süresiz çalışma izni olan yabancılara sahip olduğu hakları sağlamaktadır. Süresiz çalışma izni olan yabancılar da, uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanabilmektedirler (UİK m. 10(4)).¹⁰¹ Uzun dönem ikamet iznine sahip yabancılar ise, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 44’e göre özel kanunlarda düzenlenen hususlar hariç olmak üzere Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanabilmektedirler. Avukatlık, eczacılık gibi sadece Türk

⁹⁹ Yavuz Kaplan, ‘Suriyeli Sığınmacıların Türkiye’de Geçici Koruma Statüsünden Yararlanmasının Kapsamı’, in: Bilgin Tiryakioğlu / Mesut Aygün / Ali Önal / A. Kübra Altıparmak / Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu: Eskişehir, 21-22 Nisan 2016* (Yetkin, 2016) 173, s. 180; Sibel Özel, ‘Suriyeli Sığınmacıların Kitle-sel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi’ (2017) 91(3) *İstanbul Barosu Dergisi* 14, 26; Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bastı*, s. 211.

¹⁰⁰ Resmî Gazete sayı: 30007; tarih: 14 Mart 2017.

¹⁰¹ Ayrıca bkz. Baran Çelik, *Türk Vatandaşlığı*, s. 379.

vatandaşları tarafından yapılabilen meslekler, bu anlamda özel kanunlardaki düzenlemeler olarak kabul edilecektir. Bu nedenle, Turkuaz Kart sahipleri- nin bu tür meslekleri yapması mümkün değildir.¹⁰²

Turkuaz Kart verildikten sonra, ilk üç yıl geçiş süresi olarak belirlenmiştir. Bu geçiş sürecinde, Turkuaz Kart alan yabancı çeşitli denetimlere tâbi tutulacaktır. Bu kişinin faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belge talep edilebilecektir. Bu geçiş süreci zarfında iptal edilmeyen Turkuaz Kart'ın süresiz Turkuaz Kart'a dönüştürülmesi için, yabancı kişi, üç yıllık sürenin dolmasından en erken yüz seksen gün önce, en geç bu süre dolmadan başvuru yapacaktır. Geçiş süreci dolmadan, süresiz Turkuaz Kart'a başvuru yapılmazsa, verilen ilk Turkuaz Kart geçersiz hale gelecektir (UİK m. 11(2)).

2. Turkuaz Kart sahibinin eşi ve çocuklarına tanınan statü

Turkuaz Kart sahibinin eşi ve bakmakla yükümlü çocuklarına, Türkiye'de ikamet izni yerine geçen bir belge verilir (UİK m. 11(3)). Bu düzenleme, Turkuaz Kart sahibinin eşi ve çocuklarının çeşitli durumlarda haklarının düzenlenmesi açısından yetersiz bir düzenlemedir. Gerçekten de, bu düzenlemede birçok durumda hangi kuralın uygulanması gerektiğine ilişkin yeterli bir açıklama bulunmamaktadır.

Bu kapsamda özellikle Turkuaz Kart uygulamasında, Kart sahibinin eşi- ne ve çocuklarına tanınan haklarla ilgili çeşitli değişken durumların ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu durumlara özgü kurallar öngörülmemiştir. Bu eksikliğin giderilmesi için, benzer bir konu olan aile ikamet iznine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülebilir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34'te bu konulara ilişkin ayrıntılı bir düzenleme mevcuttur. Bu hüküm, aile ikamet iznini düzenlemekte ve Türk vatandaşları ile ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancılar ile mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin yakınlarına uygulanmaktadır. Ancak UİK m. 11(3) uyarınca, Turkuaz Kart sahibi yabancıların yakınlarına verilen ikamet izni özel hükümle düzenlenmiştir. Örneğin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34(1), Türkiye'de ikamet izni sahibi yabancıların yakınlarına her defasında üç yılı aşmayacak şekilde aile ikamet izni verilebileceğini düzenlerken, UİK m. 11(3) uyarın-

¹⁰² Aynı yönde, bkz. Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 212.

ca Turkuaz Kart sahibi yabancının yakınına, bu durumu gösteren ve ikamet izni yerine geçen belge verilecektir. Uluslararası İşgücü Kanunu, bu belgede, yakına verilecek ikamet iznini üç yıla sınırlamamıştır. Gerçekten de Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 20'ye göre, Turkuaz Kart yakınlarına düzenlenecek belge “aile ikamet izni” değil, “Turkuaz Kart sahibi yakını kartı”dır ve bu kart Turkuaz Kart’ın geçerlilik süresi içinde ikamet izni yerine geçer. UİK m. 11(3) kapsamında verilecek izinlerde, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 35’te aile ikamet izni alınması için aranan şartlar da aranmayacaktır.¹⁰³ Dolayısıyla, aile ikamet iznine ilişkin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34’te yer alan hükümlerin, UİK m. 11(3) çerçevesinde düzenlenen Turkuaz Kart yakınlarının ikamet iznine doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Ancak Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34’te düzenlenen hususların, uygun düştüğü ölçüde Turkuaz Kart sahibi yakınlarına da kıyasen uygulanması mümkün olabilecektir.

3. Turkuaz Kart sahibinin evlenmesine ilişkin özel durumlar

Ele alınması gereken ilk durum, bekar Turkuaz Kart sahibinin Türkiye’ye geldikten sonra yabancı bir kişi ile evlenmesi durumunda, evlendiği kişinin UİK m. 11(3)’teki haklardan yararlanıp yararlanmayacağıdır. UİK m. 11(3), aynen Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34 gibi,¹⁰⁴ destekleyici yabancının Türkiye’ye yasal olarak gelmeden önce yaptığı evlilikler ile Türkiye’ye geldikten sonra yaptığı evlilikler arasında bir ayırım yapmamıştır.

Öte yandan, eşcinsel veya heteroseksüel evlilik dışı birlikteliklerde evli olmayan partnerlerin aile birleşimi hakkından yararlanması Türk hukukunda kabul görmemektedir.¹⁰⁵ Dolayısıyla, Turkuaz Kart sahibinin evli olmayan partneri için, UİK m. 11(3) anlamında bir ikamet izninin alınması mümkün olmayacaktır.

Diğer bir durum, Turkuaz Kart’a başvuran yabancının birden çok eşinin olması durumunda, bu eşlerin tamamına Turkuaz Kart sahibi yakını kartının düzenlenip düzenlenmeyeceğidir. Turkuaz Kart Yönetmeliği’nde bu konuya

¹⁰³ Doğa Elçin, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı?’ (2017) 7(30) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 117, s. 155.

¹⁰⁴ Bkz Elçin, s. 167.

¹⁰⁵ Öte yandan, karşılaştırmalı hukukta bu tür birliktelikleri aile birleşimi kapsamına alan ülkelerin sayısı giderek artmaktadır. Bu yönde, bkz Elçin, s. 123.

ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bu çerçevede Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34(2)'nin kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Bu hükme göre, “[v]atandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik hâlinde, eşlerden yalnızca birine aile ikamet izni verilir. Ancak, diğer eşlerden olan çocuklara da aile ikamet izni verilebilir”. Bu hükmün amacı, aile ikamet izni çerçevesinde eşlerin tümünün Türkiye’de yaşaması ve sosyal hayata katılmasının engellenmesidir.¹⁰⁶ Bu hükmün kıyasen Turkuaz Kart sahibinin yakınlarına da uygulanmaması için bir sebep bulunmamaktadır. Buna göre, Turkuaz Kart sahibinin birden çok eşinin bulunması durumunda, eşlerden yalnızca biri Turkuaz Kart sahibi yakını kartı alabilecektir. Yalnız bu eşin, Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuka göre, Turkuaz Kart’a başvuran kişinin yasal eşi olması gerekir.¹⁰⁷ Eğer başvuru sahibinin uygulanacak hukuka göre birden çok yasal eşi varsa, bu eşlerden hangisinin (örneğin ilkinin veya sonuncusunun) Turkuaz Kart sahibi yakını kartına başvurabileceğine yönelik bir sınırlama mevcut değildir. Benzer bir sınırlama aile ikamet izni için de söz konusu değildir; eşlerden hangisinin ikamet izninden yararlanabileceği ilgilinin talebine bırakılmıştır.¹⁰⁸ Öte yandan Turkuaz Kart sahibinin diğer eşlerden olan çocukları da Türkiye’de Turkuaz Kart sahibi yakını kartı ile ikamet edebileceklerdir. Ancak Türkiye’ye gelemeyen eşin ortak velayetinde olan çocuklar için bu başvurunun yapılabilmesi için, söz konusu diğer eşin muvafakati aranacaktır.¹⁰⁹

4. Turkuaz Kart sahibinin ölmesi ve boşanmasına ilişkin özel durumlar

Ele alınması gereken önemli bir durum da, Turkuaz Kart sahibinin ölümünün, Turkuaz Kart sahibinin eş ve çocuklarına verilen ikamet iznini na-

¹⁰⁶ Elçin, s. 168-169.

¹⁰⁷ Örneğin, millî hukukuna göre tek bir kişi ile evlenmesine izin verilen bir kişinin başka bir ülkede birden çok evlilik yapması durumunda, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Yürürlük Tarihi: 4 Aralık 2007; Resmî Gazete Sayı: 26728) m. 13(1) uyarınca evlenme ehliyeti ve şartlarına tarafların her birinin evlenme anındaki millî hukuku uygulandığı için, ilk evliliğinden sonraki evlilikleri Türk idaresi tarafından dikkate alınamaz. Dolayısıyla, diğer evliliklerden olan eşler için Turkuaz Kart sahibi yakını kartı alınamaz.

¹⁰⁸ Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 93.

¹⁰⁹ Aile ikamet izni için böyle bir hüküm Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34(3)’te bulunmaktadır. Bu hükmün kıyasen Turkuaz Kart yakını olan çocuklara da uygulanması yerinde olacaktır.

sıl etkileyeceğidir. Eş ve çocukların ikameti, Turkuaz Kart sahibinin yakını olmaya tanınmış bir statüdür. Turkuaz Kart sahibinin ölümünden sonra, Turkuaz Kart sahibinin yakınlarının bu statüden yararlanmaya devam edebilmesini sağlayan herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Turkuaz Kart sahibinin ölümü ile Turkuaz Kart'ın kullanımı sona ermiş olmaktadır. Bu durum, Turkuaz Kart Yönetmeliği'nde ayrıca öngörülmemiş olsa bile, Yönetmelik m. 22'de düzenlenen Turkuaz Kart'ın iptali hâllerine benzetilebilir. Turkuaz Kart'ın geçersiz hâle gelmesi durumunda, Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 20(3)'e göre, Turkuaz Kart sahibi yakını kartının da iptal edilmesi gerekecektir. Yine de bu noktada Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34(7)'nin kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Bu hükme göre, “[d]estekleyicinin ölümü hâlinde, bu kişiye bağlı aile ikamet izniyle kalanlara, süre şartı aranmadan kısa dönem ikamet izni verilebilir”. Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 20(3)'ün (Turkuaz Kart'ın geçersiz kılınmasıyla birlikte aynı anda yakınlarla verilen kartın da iptal edilmesini öngören hükmün), Turkuaz Kart sahibi yakını kartının iptal edilmesini gerektirmekle birlikte, bu kişilere kısa dönem ikamet izni verilmesinin önüne geçmemesi nedeniyle, var olan boşluğun Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34(7)'nin kıyasen uygulanması ile doldurulabileceği akla yatkın bir öneridir. Buna göre, Turkuaz Kart sahibi öldükten sonra, bu kişinin yakınlarının Turkuaz Kart sahibi yakını kartlarının iptal edilmesi ve uygun görülmesi durumunda bu kişilere kısa dönem ikamet izni verilmesi gerekecektir. Dolayısıyla bu kişilere, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 31(2) uyarınca iki yıllık ikamet izni verilmesi mümkündür. Öte yandan, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 31'e göre, bu iznin yenilenmemesi için bir sebep bulunmamaktadır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 31(3) ve m. 31(4), kısa dönem ikamet izninin yenilenmesine sınır getiren düzenlemeler öngörmüş, ancak m. 31(1)(ğ)'de sayılan “[a]ile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçen” yabancılar için verilen iznin yenilenmesiyle ilgili herhangi bir sınırlama öngörmemiştir. Tam tersine, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 31(2), kısa dönem ikamet izninin “her defasında en fazla ikişer yıllık sürelerle” verilebileceğini düzenleyerek, bu kişilerin iki yıllık sürenin hilafından sonra yeniden kısa dönem ikamet iznine başvurmasına olanak tanımıştır. Turkuaz Kart sahibinin ölümünden sonra, yakının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34(7) ve m. 31(2) uyarınca kısa süreli ikamet iznine başvurması, Türkiye'de kesintisiz en az sekiz yıl kalan yakının

ise Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 42 uyarınca uzun dönem ikamet iznine başvurması mümkündür.

Turkuaz Kart sahibi yabancının eşinin, Turkuaz Kart sahibinden boşanması durumunda, eşin Türkiye’deki ikamet statüsünün ne olacağı ile ilgili bir hüküm de Turkuaz Kart Yönetmeliği’nde bulunmamaktadır. Turkuaz Kart sahibi yakını kartına sahip olan kişinin, “Turkuaz Kart sahibinin yakını” statüsünü boşanma ile kaybetmesiyle, sahip olduğu kartın da iptal edilmesi gerekecektir. Konuya ilişkin bir hüküm bulunmaması nedeniyle, yine aile ikamet iznine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34(6), boşanma hâlinde yakın durumundaki kişinin sahip olacağı statü ile ilgili bir hüküm getirmiştir. Ancak bu hükümde, Türk vatandaşıyla evli yabancıya kısa dönem ikamet izni verilmesi düzenlenmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34, sadece Türk vatandaşı ile evli olan yabancıların değil, yabancı, mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile evli olan yabancı kişilere de verilecek aile ikamet iznini düzenlediğine göre, m. 34(6)’nın sadece Türk kişiden boşanan yabancı eşe kısa dönem ikamet izni tanınması, Türk olmayan ama Türkiye’de ikamet izni bulunan yabancıdan boşanan eşe kısa dönem ikamet izni tanınmayacağı anlamına gelmektedir.¹¹⁰ Turkuaz Kart sahiplerinin Türk vatandaşı olmaması nedeniyle, Turkuaz Kart sahibinden boşanan yabancı eşe Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34(6)’nın uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla, bu eşe kısa dönem ikamet izni verilemeyecektir. Fakat bu eşin kesintisiz olarak en az sekiz yıl Türkiye’de Turkuaz Kart sahibi yakını ve/veya başka statülerde ikamet etmiş olması durumunda, bu kişiye Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 42 uyarınca uzun dönem ikamet izni verilebilir.

5. Turkuaz Kart sahibinin ergin çocukları

Turkuaz Kart sahibi yakınlarıyla ilgili olarak ele alınması gereken bir diğer durum da, Turkuaz Kart sahibinin ergin çocuklarının Türkiye’de herhangi bir ikamet iznine başvurup başvurmayacakları veya ergin olmayan çocuğun ergin olması durumunda bu statüsünü kaybedip kaybetmeyeceğidir.

UİK m. 11(3)’e göre, Turkuaz Kart sahibi yabancının *bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına* Turkuaz Kart sahibi yakını kartı verilebilecektir.

¹¹⁰ Benzer yönde, Doğan, *Yabancılar Hukuku* – 2. Bası, s. 94.

Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 7(2) de, başvuru yapılacak çocuk bakımından velayet ilişkisini ve bakmakla yükümlü olduğuna ilişkin belgelerin başvuruya eklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu aşamada önemli olan husus, “bakmakla yükümlü olunan çocuk” ifadesinin ne anlamda kullanıldığının tespit edilmesidir.

Bu ifade iki anlamda kullanılmış olabilir. Birinci ihtimal, Turkuaz Kart sahibinin daha önceki evliliklerinden bir çocuğunun olması durumunda, ama bu çocukların velayetinin kendisinde olmaması ve bu *çocuklara bakmakla yükümlü olmaması* durumunda, bu çocuklar için başvuru yapılamayacak olması anlamında bir belirleme getirilmesidir. İkinci ihtimal ise, Turkuaz Kart sahibinin yakını olarak başvuru yapabilecek kişiler sadece Turkuaz Kart sahibinin ergin olmayan çocuklarını değil, bu kişinin bakmakla yükümlü olduğu ergin çocuklarını da ifade etmesidir. Bu ihtimale göre, Turkuaz Kart sahibinin çocuğu ergin olsa bile, bu çocuğun çalışmaya başlamamış olması durumunda da, bu çocuk için Türkiye’den ikamet izni alınabilecektir.

Bu ifadenin tam olarak hangi anlamda kullanıldığının belirlenmesi için, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na bakılabilir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 3(e), “çocuk”u “[h]enüz on sekiz yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişi” olarak tanımlamış olsa da, m. 3(a), aile üyelerini tanımlarken “ergin olmayan çocuk” ile “bağımlı ergin çocuk”un aile bireyleri arasında olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, “bağımlı çocuk” ifadesi, çocuk ile anne veya baba arasındaki velâyet ilişkisini değil, ekonomik ve sosyal ilişkiyi dikkate almaktadır.¹¹¹ Diğer bir deyişle, bağımlı ergin çocuk, “ergin olan ancak yaşamını idame ettirmek bakımından destekleyicinin [...] maddî ve manevî yardımına ihtiyaç duyan çocuk”tur.¹¹² Aynı ifade olmasa da, Uluslararası İşgücü Kanunu çerçevesinde Turkuaz Kart sahibinin “bakmakla yükümlü olduğu çocuğu”nun da, “bağımlı ergin çocuk”ları kapsamına alacak biçimde ele alındığının kabul edilmesi mümkün olacaktır.

Gerek Uluslararası İşgücü Kanunu, gerekse de Turkuaz Kart Yönetmeliği’nde, Turkuaz Kart sahibinin çocuğunun ergin olması durumunda, Turkuaz Kart sahibinin yakınlarına uygulanan ayrıcalıkların bu çocuğa uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin açık bir hüküm olmaması nedeni ile, yine aile ikamet iznini düzenleyen Yabancılar ve Uluslararası Koruma Ka-

¹¹¹ Elçin, s. 168.

¹¹² Elçin, s. 168.

nunu m. 34'ün kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Bu hükme göre, Türkiye'de ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancı kişinin “[k]endisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna” ve “[k]endisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna” aile ikamet izni verilebilecektir. Turkuaz Kart çerçevesinde, bu hükmün bütünüyle kıyasen uygulanması söz konusu olamaz; çünkü UİK m. 11(3)'te açık hüküm ve Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 7(2)'de aranan şartlar, sadece Turkuaz Kart'a başvuran kişinin çocuğuna Turkuaz Kart sahibi yakını kartı verilebileceğini söylemektedir. Buna göre, Turkuaz Kart'a başvuran kişinin eşinin bir başka ilişkisinden olan çocuğuna böyle bir statü verilemeyecektir. Ancak Turkuaz Kart sahibinin eşinin başka birinden olan çocuğu için, Turkuaz Kart sahibi yakını kartı alınamasa da, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34'e doğrudan dayanarak aile ikamet izni alınması mümkündür. Öte yandan, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34'ün, Turkuaz Kart sahibinin kendi ergin olmayan yabancı çocuğu ile kendi bağımlı yabancı çocuğu açısından kıyasen uygulanması mümkündür. Bir diğer deyişle, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34'ün kapsamına aldığı bu iki kategoride yer alan çocukların, Turkuaz Kart sahiplerinin yakınları kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Sonuç olarak, Turkuaz Kart sahibinin ergin olan ama Turkuaz Kart sahibinin bakmakla yükümlü olduğu çocukları için de Turkuaz Kart sahibinin yakını kartı başvurusu yapılabilir. Ayrıca Turkuaz Kart sahibinin başvuru sırasında ergin olmayan çocuğu, ergin olmakla Turkuaz Kart sahibinin yakını statüsünü kaybetmemiş olacaktır. Ayrıca, en az üç yıl Turkuaz Kart sahibinin yakını kartı ile Türkiye'de ikamet etmiş olan çocuk, on sekiz yaşını tamamlamış olma şartı ve talep etmesiyle de, Turkuaz Kart yakını statüsünden Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 34(5)'in kıyasen uygulanmasıyla, kısa dönem ikamet iznine başvurabilecektir.

6. Turkuaz Kart sahibinin eşi ve çocuklarının çalışma hakkı

Türkiye'ye yatırım yapmak ya da bir işte çok nitelikli bir işçi olarak çalışmak için gelen bir yabancı Turkuaz Kart'la Türkiye'de çalışma imkanı bulacaktır; ancak bu kişinin eşi Türkiye'de çalışma hakkı elde edemeyecek, sadece ikamet izni bulunacaktır. Günümüzde her iki eşin de çalışması oldukça olağan bir durumdur. Türkiye'ye gelmeden önce her iki eş de çalışıyor olabilir. Turkuaz Kart'ın özellikle eşlere çalışma izni vermemesi, iki eşin de

çalışmak istediği bir düzende ya bu ailenin Türkiye'ye gelmemesine sebep olacak ya da aile bireylerinin farklı ülkelerde yaşamalarını gerektirecektir. Elbette bir diğer ihtimal, Türkiye'de çalışmak isteyen eşin ayrıca çalışma iznine başvurmasıdır. Ancak bunun için, eşin, Turkuaz Kart sahibinin yakını olarak elde edebileceği statüye hiç geçmemesi veya bu statüden ayrılması gerekecektir. Oysa, Turkuaz Kart sahiplerinin eşlerine de Türkiye'de çalışma izni otomatik olarak sağlanabilirdi.

Turkuaz Kart'ın istisnâî olarak üstün meslekî becerileri olan veya Türkiye'ye yatırım yapmak isteyen yabancılara verildiği göz önüne alındığında, bu kişilerin eşlerine Türkiye'de çalışma hakkı tanınmasının Türkiye'deki istihdama çok zarar vereceği söylenemez. Öte yandan, Turkuaz Kart uygulamasında eşlere otomatik olarak çalışma izni verilmemesi, bu uygulamanın istenen etkiyi göstermemesine sebep olabilir; çünkü birçok iyi eğitimli aile, sadece bir eşin çalışacağı, diğer eşin ise sadece oturma hakkı aldığı bir ülkeye gitmek istemeyebilecektir.

Aslında benzer bir düzenleme mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m. 5'te bulunmaktaydı. Bu hükme göre, "Türkiye'ye çalışmak üzere gelen bir yabancının beraberinde veya daha sonra getirmiş olduğu eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına da, yabancının kendisi ile birlikte en az beş yıl kanuni ve kesintisiz ikamet etmiş olmaları kaydıyla süreli çalışma izni verilebilir". Bu hüküm de, çalışma izni alan yabancının eşinin Türkiye'de hemen çalışma izni sahibi olmasını sağlamamaktadır. Dolayısıyla, bu hüküm de benzer bir nedenle eleştirilebilir. Yine de, sadece Turkuaz Kart sahiplerine değil, Türkiye'de çalışmak için herhangi bir çalışma izni alan bir yabancının yabancı eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocuğuna bu hak en azından beş yılın sonunda tanınmaktadır. Yeni kanuna, en kötü ihtimalle böyle bir düzenleme alınabilirdi. Yine de, ailenin bütünlüğünün ve eşin sosyal haklarının korunması adına en yerinde olacak düzenlemenin, çalışma izni alan kişinin eşine ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere de çalışma izninin bir an evvel sağlanabilmesidir.

E. İstisnâî Çalışma İzni ve Çalışma İznine Getirilen Diğer İstisnalar

1. Genel değerlendirme

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı dördüncü bölümü, UİK m. 16 - m. 20'de öngörülen beş hükümden oluşmaktadır. Bu hükümler, "çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılar", "uluslararası

koruma kapsamında olan yabancılar”, “serbest bölgelerde çalışacak yabancılar”, “yabancı öğrenciler” ve “yabancı mühendis ve mimarlar”a verilecek çalışma izinlerini düzenlemektedir. Bu hükümlerin kapsamına giren durumlarda, yabancıların yine çalışma iznine başvurması gerekecek;¹¹³ ancak çalışma izni kanunda öngörülen dört temel çalışma izninin verildiği şartlardan farklı şartlarla verilecektir.

Diğer bir deyişle, Uluslararası İşgücü Kanunu’nun “İstisnalar” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan hükümler, bu hükümlerin kapsamına giren yabancıların çalışma izni almasının Uluslararası İşgücü Kanunu’ndaki genel rejime değil, çeşitli özel kurallara tâbi kılınabileceğini düzenlemektedir. Dikkat edilecek olursa, bu hükümler, hükmün kapsamına giren kişilerin çalışma izni almasının gerekmediğini veya genel olarak bu kişilere başka hiçbir şart aranmaksızın çalışma izni verilebileceğini düzenlememektedir. Bu istisnalar, sadece, ilgili konularda çalışma izni verilmesi için başka kuralların öngörülebileceğini düzenlemektedir. Bu hükümlerin bir bölümü, mevzuatta daha önce var olan kimi özel düzenlemelerle örtüşmektedir. Diğer istisna hükümlerinin ise hangi şartlarda uygulanacağı, Uluslararası İşgücü Kanunu’nun uygulamasına ilişkin çıkacak yönetmelikte somutlaştırılacaktır.¹¹⁴

Getirilen istisna hükümlerinin önemli bir bölümü düzenleyici nitelikte ve farklı kanunlarda öngörülen istisnaî hükümlerin tekrarı niteliğinde olduğu için, bu başlık altında sadece özellik arz eden hükümler ele alınacaktır.

2. Nitelikleri itibariyle Türkiye’ye katkı sağlayabilecek yabancılar

UİK m. 16’da öngörülen on bir gruptan bir kısmı, nitelikleriyle Türkiye’ye katkıda bulunabilecek kişilerdir. Bu kapsamda, eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla *nitelikli işgücü* olarak değerlendirilen (UİK m. 16(a)), bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla *nitelikli yatırım* olarak değerlendirilen (UİK m. 16(b)), alanındaki başarısı ile uluslararası düzeyde kendini kanıtla-

¹¹³ Bu nedenle, UİK m. 16’da sayılan gruplardaki yabancıların “çalışma izninden istisna tutulabilecek yabancılar” olarak tasnif edilmesi, UİK m. 16’daki düzenlemeye pek uygun değildir. Karş Mehter Aykın / Öztürk, s. 640.

¹¹⁴ UİK m. 25’de, kanunun uygulaması ile ilgili çıkacak yönetmeliğin, sayılan istisna hükümlerinin kapsamına giren konuları da ele alması gerektiği belirtilmiştir.

mış bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif amaçla Türkiye'ye gelen (UİK m. 16(h)) kişilere istisna tanınabilecektir.

Bu bentlerde sayılan istisnalar, Turkuaz Kart'ın uygulama alanı ile örtüşmektedir. Bu durumda, benzer nitelikteki kişilerin istisnaî bir düzenleme ile mi, yoksa Uluslararası İşgücü Kanunu'nda temel çalışma izinlerinden biri olarak öngörülen Turkuaz Kart'la mı çalışma izni almaları gerekeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun nitelikli yabancı çalışanlara verilecek çalışma izinlerini hem Turkuaz Kart, hem de istisna hükmü altında düzenlemesi çok da yerinde gözükmemektedir. Bu ikiliğin kaldırılması daha yerinde olabilecektir.

Belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sadece birkaç ay önce mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m. 6'da bir değişiklik yapılmış ve "mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi önemli olan yabancılara süresiz çalışma izni verilebilir" şeklinde bir hüküm öngörülmüştür. Bu kapsamda yer alan kişiler, yeni kanun döneminde gerek Turkuaz Kart'a başvurabilecek yabancılarla, gerekse de UİK m. 16'daki bazı istisnalardan yararlanabilecek yabancılarla örtüşmektedir. Kanun koyucu çok kısa bir süre içinde, benzer özellikler taşıyan kişilere ilişkin farklı haklar içeren farklı statüler öngörmüş olmaktadır. Önce mülga kanunda yapılan değişiklikle bu kişilere süresiz çalışma izni verilebileceği düzenlenmiş; ardından, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, bu kişilerin Turkuaz Kart'a ve UİK m. 16 altında istisnaî çalışma iznine başvurabileceği öngörülmüştür. Bu iki statü altında da yabancıya ilk aşamada süresiz çalışma izni verilmemektedir. Hukuk politikası açısından, kısa bir süre içinde bu farklı statülere yer verilmesi, yabancı çalışanlara ilişkin çalışma izinleri konusunun belli bir düzene kavuşturulamadığını göstermektedir. Uluslararası İşgücü Kanunu'nun uygulamasıyla ilgili çıkacak yönetmeliğin, bu hükümlerin uygulama alanlarının ayrıştırılmasına katkı sağlaması gerekmektedir.

3. Türkiye'de çalışacak yabancıların kendisinin veya çalıştığı yerin özellik arz ettiği durumlar

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun dördüncü bölümünde düzenlenen istisna hükümlerinin önemli bir bölümü, Türkiye'de çalışma izni almak isteyen kişinin, çalışma izni başvurusu yaparken kendisinin taşıdığı veya çalışmak

istediği yerin taşıdığı özel durumla ilgilidir. Belirli bir süre için işvereni tarafından Türkiye’de gerçekleştirilen bir projede çalıştırılacak yabancılar (UİK m. 16(c)), yabancı devletlerin ve uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde diplomatik dokunulmazlığı olmadan çalışan yabancılar (UİK m. 16(ğ)) ve sınırötesi hizmet sunucuları (UİK m. 16(ı))¹¹⁵ bu kapsamda istisna tanınabilecek kişiler arasında sayılmıştır. Ayrıca UİK m. 18’de serbest bölgelerde çalışacak yabancılar, m. 19’da yabancı öğrenciler ve m. 20’de yabancı mühendis ve mimarlarla ilgili istisna hükümleri düzenlenmiştir.

Serbest bölgelerde çalışan yabancılar öncelikle 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu’nun¹¹⁶ öngördüğü rejime tâbidir. Serbest bölgelerde çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularını Ekonomi Bakanlığı değerlendirmekte; Ekonomi Bakanlığı’nın ilgili yabancıya çalışma izni verilmesini uygun görmesi üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, bu kişilere çalışma izni düzenlemektedir (UİK m. 18(2)). Bu hüküm kapsamında, çalışma izni başvurusuna ilişkin tüm değerlendirmenin Ekonomi Bakanlığı tarafından yapıldığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın neredeyse tek fonksiyonunun ilgili çalışma iznini düzenlemek olduğu söylenebilir.¹¹⁷

Yabancı öğrencilere¹¹⁸ verilecek çalışma izni ile ilgili olarak ise, UİK m. 19, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 41(1)’deki düzenlemeye benzer bir hüküm getirmiştir. Buna göre, Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunda örgün öğretim programına kayıtlı yabancı öğrenciler de, UİK m. 19’da öngörülen kısıtlamalar çerçevesinde ve çalışma iznine başvurmak şartıyla, Türkiye’de çalışabileceklerdir.¹¹⁹

¹¹⁵ Sınırötesi hizmet sunucuları ile ilgili düzenlemenin Türk hukuk mevzuatına girmesinin nedeni, Dünya Ticaret Örgütü düzenlemeleriyle uyum sağlanmasının hedeflenmesidir. Bu konuda bkz, Çalışkan, s. 237-239 ve s. 242.

¹¹⁶ Yürürlük tarihi: 15 Haziran 1985; Resmî Gazete sayı: 18785.

¹¹⁷ Ekşi, s. 238.

¹¹⁸ Yabancı öğrencilere verilecek ikamet izni ile ilgili olarak, bkz Saliha Halıcı, ‘Yabancı ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Öğrenci İkamet İzni’ (2017) 25(2) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 405.

¹¹⁹ UİK m. 19’da öngörülen düzenlemeye öncülük eden Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 41(1)’in ön lisans ve lisans öğrencilerine haftalık belirli bir saat sınırı öngörerek çalışma izni sağlamasının Avrupa ülkelerinde çeşitli örnekleri olduğu yönünde, bkz Bülent Çiçekli, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler’, in: Ceyda Süral / Ekin Ömeroğlu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi* 17, s. 26.

UİK m. 20’de de, Türkiye’de ya da Yükseköğretim Kurulu tarafından tanınmış yabancı bir üniversitede öğrenim görmüş ve mühendis veya mimar unvanını almış yabancıların proje bazlı ve geçici süre Türkiye’de çalışmaları için istisnaî bir çalışma izni düzenlenmiştir.

4. Türkiye’de çalışacak yabancının kimliği itibariyle özel bir durum taşıması

Uluslararası İşgücü Kanunu’nda istisnaî düzenlemeler çerçevesinde ele alınan diğer kategori ise, vatandaşlıkları, soyları, ailevi özellikleri ya da göç hareketleri gibi kimliksel durumları nedeniyle istisna tanınabilecek gruplardır.

Buna göre, Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları (UİK m. 16(d)), Avrupa Birliği üye devlet vatandaşları (UİK m. 16(e)), Türk soylu olduğu bilinen kişiler (UİK m. 16(ç)), bir Türk vatandaşı ile evli ve eşiyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan kişiler (UİK m. 16(g)) ve uluslararası koruma başvurusu sahibi, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan veya vatansız ya da mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağduru (UİK m. 16(f)) yabancı kişilerle ilgili olarak da istisnalar tanınabilecektir. UİK m. 17 de “uluslararası koruma kapsamında olan yabancılar” başlığı altında, uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş veya şartlı mülteci yabancılar ile geçici koruma sağlanan yabancıların¹²⁰ çalışma izni veya çalışma izni muafiyetine başvurmasını düzenlemiştir.

Öte yandan UİK m. 19(2) ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 41(2)’de lisanüstü öğrenciler için böyle bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Bu yönde, ayrıca bkz. Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 99.

Uluslararası İşgücü Kanunu ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önceki düzenlemeyle ilgili olarak, bkz. Sargın, s. 329.

¹²⁰ Geçici koruma statüsü, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu çerçevesinde uluslararası koruma statüsü olarak sayılmamış (m. 3(r)), m. 91’de öngörülmemiş ve idarenin takdirine bağlı olarak verilen bir statü olarak düzenlenmiştir. Bu yönde, bkz. Ekşi, s. 242; ayrıca bkz. Neşe Baran Çelik, ‘Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri’ (2015) 1(Özel Sayı) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, s. 73.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 91(1)’e göre, geçici koruma, “[ü]lkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara [...] sağlanabilir”.

Örnek vermek gerekirse, Türkiye’ye gelen Suriyeliler, geçici koruma statüsündedirler. Bu yönde, Özel, s. 15; Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 149.

Bu gruplardan ikisinin ayrı başlıklar altında daha ayrıntılı olarak ele alınması gerekmektedir.

5. Uluslararası koruma ve geçici korumadan yararlanan yabancıların Türkiye’de iş piyasalarına erişimi

Uluslararası korumadan yararlanan yabancıların Türkiye’de iş piyasalarına erişimi değerlendirilirken, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlar,¹²¹ UİK m. 17 hükmü, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 89(4) ve ilgili yönetmelikler beraber değerlendirilmelidir.¹²²

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 89(4)(a), başvuru sahibi veya şartlı mültecilerin uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra çalışma izni ile Türkiye’de çalışabilmesine izin vermektedir. UİK m. 17(1) hükmü, bu hükme paraleldir. Bu statüdeki yabancıların, Türkiye’de çalışabilmeleri için çalışma izni almaları şart koşulmuştur.¹²³

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 89(4)(b) ve (c) mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin Türkiye’de iş piyasalarına erişimini düzenlemektedir. Bu hükümlere göre, çeşitli sınırlamalar getirilebilse de, bu statüdeki yabancılar, kendilerine verilecek kimlik belgesinin, aynı zamanda çalışma izni yerine geçmesi sayesinde, Türkiye’de çalışabileceklerdir.¹²⁴ Dolayısıyla, bu kişilerin ayrıca çalışma izni veya çalışma izni muafiyetine başvurması gerekmemektedir. UİK m. 17’de mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin çalışmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Böylece, Uluslararası İşgücü Kanunu, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 89’u yürürlükten kaldırmamış;¹²⁵ bu hükme uygun bir düzenleme getirmiştir.

Bu kanunî düzenlemelerin dışında, uluslararası koruma başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler ile geçici koruma sağlanan

¹²¹ Mültecilerin uluslararası hukuktan kaynaklanan çalışma hakkı için bkz. Özkan, s. 351-353; Baran Çelik, *Uluslararası Koruma*, s. 119; Mesut Aygün / Cansu Kaya, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon’ (2016) 7(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 87, s. 110-113.

¹²² Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bastı*, s. 219.

¹²³ Baran Çelik, *Uluslararası Koruma*, s. 122.

¹²⁴ Bu hüküm mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi olan yabancıların çalışma izni alması gerekliliğini ortadan kaldırmıştır. Bu yönde, bkz. Baran Çelik, *Uluslararası Koruma*, s. 120.

¹²⁵ Özkan, s. 450 ve 473.

yabancıların çalışmasına ilişkin iki ayrı yönetmelik çıkartılmıştır.¹²⁶ Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik m. 4, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 89(4)'teki mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişilerin çalışmasına ilişkin hükümleri genel itibariyle tekrar etmektedir.¹²⁷ Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik m. 5 de, başvuru sahibi ve şartlı mülteci statüsü sahibi kişilerin Türkiye'de çalışabilmeleri için, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 89(4)(a)'ya uygun olarak, çalışma izni almaları gerektiğini belirtmiştir. Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik de, geçici koruma sağlanan yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye'de çalışmayacağını belirtmektedir (m. 4).¹²⁸ UİK m. 17(1) de, bu hükümle genel itibariyle uyumlu olarak, geçici koruma sağlanan yabancıların çalışma izni ile Türkiye'de çalışabileceğini düzenlemiştir.

Bununla birlikte, yeni düzenleme, UİK m. 17(2) ile, daha önce yürürlükte olan mevzuata ek bir usûlî şart getirmiş ve İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşünün alınmasını gerektirmiştir. Uluslararası İşgücü Kanunu'nda uygulanan bir diğer önleyici tedbir ise, m. 17 kapsamındaki kişilere verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin bu yabancılara Türkiye'de mutlak kalış hakkı tanımamasıdır. Benzer bir biçimde, UİK m. 17(5) de, bu hüküm kapsamındaki kişilerin uluslararası koruma hukukundan kaynaklanan statülerini kaybederlerse, aldıkları çalışma izin sürelerinin dolmamış olmasının, onlara Türkiye'de kalma ve çalışma hakkı tanımayacağını ifade etmektedir. UİK m. 17(4) ise, m. 17 kapsamındaki kişilere verilecek çalışma izni sürelerinin belirlenmesinde çalışma iznine ilişkin genel hükümlere atıf yapmıştır. Ancak UİK m. 16(f)'de bu kapsamda yer alan kişilerin çalışma izinlerinde istisnâ uygulamalar yapılabileceği belirtildiği için, idarenin UİK m. 10'daki

¹²⁶ Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik (Yürürlük tarihi: 26 Nisan 2016; Resmî Gazete sayı: 29695, tarih: 26 Nisan 2016) ve Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik (Yürürlük tarihi: 15 Ocak 2016; Resmî Gazete sayı: 29594, tarih 15 Ocak 2016).

¹²⁷ Aygün / Kaya, s. 127.

¹²⁸ Aygün / Kaya, s. 127-128.

Türkiye'de geçici koruma statüsü sahibi yabancıların çalışma hakları için, bkz. Teksoy, s. 249-251; Cansu Kaya, 'Türkiye'de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları' (2017) 3(5) *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57; Doğan, *Yabancılar Hukuku* – 2. Bası, s. 168-169 ve 222-225; Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 207-211.

sürelerle sınırlı olmadan çalışma izni düzenleyebileceği doktrinde ileri sürülmüştür.¹²⁹

UİK m. 17, genel itibariyle, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve ilgili yönetmeliklerindeki hükümlerle (başvuru koşulları, süreler, verilen haklar bakımından) uyumludur ve bu hükümleri açıkça yürürlükten kaldırmamıştır. Bu noktada tek istisna, UİK m. 17(2)'nin uluslararası koruma başvuru sahipleri, şartlı mülteciler ile geçici koruma sağlanan yabancıların tüm çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti başvurularının olumlu sonuçlanması için İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşünü aramasıdır.

6. Türk soylu yabancıların Türkiye’de çalışması ve “Türk soylu” statüsüne karşı bir eleştiri

Bu bölümde, UİK m. 16(ç) başlığı altında sayılan istisna özel olarak değerlendirilecektir. “Türk soylu”lara çeşitli istisnalar tanınması, 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun’dan¹³⁰ kaynaklanmaktadır. Bu kanunun 3. maddesi, Türk soylu yabancıların kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen meslek, sanat ve işlerde çalışabilmelerine olanak tanımaktadır. Kanunun 7. maddesi de, bu kanuna göre izin alan kişiler için, diğer kanunlarda öngörülen Türk vatandaşı olma şartının uygulanmayacağını açıkça belirtmektedir. Böylece Türk soylu bir kişi, bu kanuna göre örneğin Türkiye’de avukat olabilecektir.¹³¹ Benzer bir biçimde, Türk vatandaşlarına özgülenmiş diğer meslekler de, Türk soylu yabancılar tarafından icra edilebilir.¹³²

Bu kanun, kanun kapsamına giren kişiler için bir açıdan TVK m. 28’de öngörülen Mavi Kartlı statüsünden daha avantajlı, bir açıdan da daha dezavantajlıdır. Türk soylu kişilere tanınan statünün daha dezavantajlı olduğu nokta, bu statüye giren kişilerin Türkiye’de çalışmaya başlayabilmesi için

¹²⁹ Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 220 ve 222. Aksi görüşte, bkz. Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 211.

¹³⁰ Yürürlük tarihi: 29 Eylül 1981; Resmî Gazete sayı: 17473.

¹³¹ Ekşi, s. 279.

¹³² Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 213; Merve Acun Mekengeç, ‘Ahıska Türklerinin Türk Vatandaşlığına Alınması ve Türkiye’deki Çalışma Hakları’ (2014) 20(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 159, s. 171.

muhtakkak çalışma izni almalarının gerekmesidir.¹³³ Oysa Mavi Kartlılar çalışma izni almadan Türkiye’de çalışabilmektedirler. Öte yandan, Mavi Kartlılar Türkiye’de devlet memuru olamazken, Türk soylu kişilerin devlet memuru olabilmesine izin verilmiştir.¹³⁴ Gerçekten de, 2527 sayılı kanunun 11. maddesi, Türk soylu yabancıların, “memur olabilmek için genel veya özel kanunların aradığı Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler” demektedir.¹³⁵ Mavi Kartlılar’ın Türkiye’de çalışmak için çalışma izni almaları gerekmiyorken, hiçbir ihtimalde devlet memuru olamaması karşısında, Türk soylu yabancıların çalışma izni alma şartıyla memur olabilmelerine hak tanınması bir tutarsızlığa işaret etmektedir.

Türk soylu yabancılara böyle imtiyazlı bir statünün kazandırılmasında ki bir başka sakınca da “Türk soylu” kavramından kaynaklanmaktadır. Bu kavram, vatandaşlık gibi hukukî bir bağa işaret etmediği gibi, kültürel ya da tarihsel bir bağa da referans yapmamaktadır. “Türk soylu” ifadesi, tamamen ırka dayanan bir ifadedir. “Türk soylu” olabilmenin tek şartı Türk soyundan yani ırkıdan gelinmesidir. 5543 sayılı İskân Kanunu¹³⁶ m. 3(d), “göçmen” kavramını “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı” ifadeleriyle tanımlamaktadır. Bu tanım, Türk kültürüne bağlı olmanın Türk soyundan gelmekten farklı bir kriter olduğunu göstermektedir.¹³⁷ Bu noktada Türk soyunun nasıl tanımlanacağı da önem kazanmaktadır. Mevzuatta bu kriterin hangi şartlarda gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin bir açıklık yoktur; Türk soyunda olma ve Türk kültürüne bağlı olma ile ilgili kesin ölçütler bulunmamaktadır.¹³⁸ Örneğin, Cumhuriyet döneminde İstanbul’dan göçe zorlanan bir Rum’un alt-soyları, Türk soylu sayılacak mıdır? Bu soruya verilecek muhtemel yanıtın olumsuz olması, “Türk soylu” ifadesinin ırka, en azından dine dayalı bir ayırım olduğunu göstermektedir. Bu tespit, zaman içindeki uygulamalarla teyit

¹³³ İki statü arasında bu farka ilişkin bir tespit için bkz. Aygül, s. 41. Ayrıca bkz. Günseli Öztekin Gelgel, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması”, in: Ceyda Süral / Ekin Ömeroğlu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi* 67, s. 71.

¹³⁴ İki statü arasında bu farka ilişkin bir tespit için bkz. Aygül, s. 41. Ayrıca bkz. Ekşi, 270; Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 213 ve 215.

¹³⁵ 11. maddeye göre, Türk soylu yabancıların, Türk vatandaşından farklı olarak Türk Silahlı Kuvvetleri’nde ve Güvenlik Teşkilatları’nda çalışamayacağı belirtilmiştir.

¹³⁶ Yürürlük tarihi: 26 Eylül 2006; Resmî Gazete sayı: 26301.

¹³⁷ Doğan, *Yabancılar Hukuku – 2. Bası*, s. 15.

¹³⁸ Necla Öztürk Yılmaz, ‘5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması’ (2007) 68 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 241, s. 253.

edilebilir. Örneğin Bulgaristan'dan gelen Türk asıllı Müslümanlar “Soya Dönüş politikası ve uygulaması” çerçevesinde Türkiye'ye gelmiştir.¹³⁹ Türk soylu Afgan göçmenleri ile Ahıska göçmenleri de, “soydaş dayanışmasının” bir sonucu olarak Türkiye'ye yerleştirilmiştir.¹⁴⁰ Afgan göçmenler, Türk kökenli Kırgız, Kazak, Türkmen ve Özbek gruplardan oluşmaktadır.¹⁴¹ Ahıska Türkleri ise, 3835 sayılı Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun¹⁴² ile Türkiye'ye yerleştirilmiştir. Bu kanunun birinci maddesi, Ahıska Türklerinden “soydaşlarımız” olarak bahsetmektedir.

Türk soylu statüsünün Türkiye Cumhuriyeti kanunlarında yer alması, kanun koyucunun ırk ve/veya din temelli bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir. Böyle bir statünün tanınması ve bu statüye haklar verilmesi, günümüz hukuk anlayışı ile bağdaşmamaktadır ve anayasal ilkelere aykırıdır. Gerçekten de, Anayasa m. 10(1), “[h]erkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” (vurgu eklenmiştir) demektedir. Irka dayalı bir statünün kanun koyucu tarafından öngörülmesi bu hükme aykırı olacaktır. Benzer bir hüküm Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu¹⁴³ m. 14'te de bulunmaktadır. Ayrıca Türk soyuna referans yapan ve Türk soylulara ayrıcalıklı haklar tanıyan bu düzenlemelerin Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Konvansiyon¹⁴⁴ hükümlerine aykırı olacağı da açıktır. Konvansiyon m. 5, Taraf Devletler'e, “her şekliyle ırk ayrımcılığını yasaklamak ve ortadan kaldırmak ve ırk, renk ya da ulusal veya *etnik köken* ayırımı yapmaksızın, [...] herkesin kanun önünde eşitlik hakkını garanti altına alma”¹⁴⁵ yükümlülüğü yüklemektedir. Konvansiyon m. 5(e)'de, “[e]konomik, sosyal ve kültürel haklar, özellikle: (i) Çalışma [...] hakları, [...] (iii) Mesken

¹³⁹ Emrullah Öztürk, *Türk Asıllı Afgan Mültecilerin 12 Eylül Dönemi'nde İskân ve İstihdamı* (Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014), s. 50.

¹⁴⁰ Öztürk, s. 51. Ahıska Türkleri açısından ayrıca bkz Acun Mekengeç, s. 163-164.

¹⁴¹ Öztürk, s. 51.

¹⁴² Yürürlük tarihi: 11 Temmuz 1992; Resmî Gazete Sayı: 21281.

¹⁴³ İmza tarihi: 4 Kasım 1950; uluslararası yürürlük tarihi 23 Mart 1976 (999 UNTS 171).

¹⁴⁴ Akdedilme tarihi: 7 Mart 1966; uluslararası yürürlük tarihi: 4 Ocak 1969 (660 UNTS 195); Türkiye için yürürlük tarihi: 16 Eylül 2002 (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en); Resmî Gazete sayı: 24721; tarih: 9 Nisan 2002.

¹⁴⁵ Vurgu eklenmiştir.

edinme hakkı [...]” çerçevesinde ırk ayrımcılığı yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. Türk soylulara Türkiye’de çalışmalarına ilişkin tanınan özel statü, Türkiye’nin de taraf olduğu Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Konvansiyon m. 5(e)’ye açıkça aykırıdır. 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu¹⁴⁶ m. 82, “[s]iyasi partiler [...] ırkçılık amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar” diyerek ırka dayalı politika yapılmasını yasaklarken, kanun koyucunun ırka dayalı bir grup yaratması demokratik hukuk devletinin özelliklerine aykırıdır.¹⁴⁷

Sonuç olarak, Türk soylulara ilişkin çeşitli düzenlemeler öngören mevzuattaki hükümlerin bir an evvel yürürlükten kaldırılması ve Uluslararası İşgücü Kanunu’nda olduğu gibi Türk soylulara istisnâ haklar tanınabileceğini belirten hükümlerin mevzuattan ayıklanması, demokratik bir toplumun gereğidir.

F. Çalışma İzni Muafiyeti

Bir yabancı, çalışma izni almaktan muaf olarak Türkiye’de yasal olarak çalışabilmesi için, çalışma izni muafiyeti alması gerekmektedir (UİK m. 13(1)). Bu belge de, çalışma izni gibi, ikamet izni sayılmaktadır (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 27 ve UİK m. 12(1)). Çalışma izni muafiyeti başvurusunun da, çalışma izni başvurusu gibi yurtdışında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na, yurtdışında da Türkiye Cumhuriyeti temsilciliklerine yapılması gerekecektir (UİK m. 13(2)). Bu başvurular Bakanlık’ın belirleyeceği uluslararası işgücü politikasına göre değerlendirilecektir (UİK m. 13(4)). Başvurunun olumlu sonuçlanması hâlinde, çalışma izni muafiyeti verilecektir (UİK m. 13(5)). Ancak yabancı, çalışma izni muafiyetine dayanarak Türkiye’de çalışması durumunda, bu kişinin Türkiye’de çalışarak geçirdiği süre, süresiz çalışma izni için gerekli sürenin hesabında dikkate alınmayacaktır. Bu süre, ikamet izni süresinin hesabında da dikkate alınmaz (UİK m. 13(6)).

UİK m. 13(1)’de kimlerin çalışma izni muafiyetine başvurabileceği belirtilmemiş; bu konunun düzenlenmesini yönetmeliğe bırakmıştır.¹⁴⁸ Öte

¹⁴⁶ Yürürlük tarihi: 22 Nisan 1983; Resmî Gazete sayı: 18027.

¹⁴⁷ Ayrıca bkz. Emre Öktem, ‘The legal notion of nationality in the Turkish Republic: from Ottoman legacy to modern aberrations’ (2017) 53(4) *Middle Eastern Studies* 638, s. 650-651.

¹⁴⁸ Bu yönde, Çelikel / (Öztekin) Gelgel, s. 200-201; Ekşi, s. 248.

yandan, UİK m. 13(7)'de iki grup yabancıya çalışma izni muafiyeti verilebileceği özel olarak belirtilmiştir. Bunlardan ilki, anonim şirketin Türkiye'de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyesi ve diğer şirketlerin (örneğin limited şirket) yönetici sıfatı olmayan ortaklarıdır. İkinci grup, Türkiye'de gerçekleştirdiği faaliyetleri yüz seksen gün içinde doksan günü geçmeyen sınırlı hizmet sunucularıdır. UİK m. 14'te ise, yabancı ülkelerin Türkiye'deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinin bağlı birimi olarak faaliyet gösteren okullarda, kültür kurumlarında ve din kurumlarında görevli yabancılar ile bu temsilciliklerde veya Türkiye'deki uluslararası kuruluşlarda (örneğin Dünya Bankası) görev yapan kişilerin özel hizmetinde çalışan yabancılar çalışma izni muafiyeti alabileceklerdir. Öte yandan, yabancı temsilciliğe bağlı birim sayılmayan okul, kültür ve din kurumlarında görevli yabancılarla, bu temsilciliklerde veya uluslararası kuruluşlarda görev yapan kişilerin eş ve çocuklarının Türkiye'de çalışması için çalışma izni almaları gerekmektedir.

IV. YABANCILARIN ÇALIŞMASINA İLİŞKİN YARGISAL VE İDARÎ DENETİM

A. Yabancıların Başvuruları ile İlgili İdari Kararlara Karşı İdarî İtiraz ve Yargı Yolu

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyetine başvuran yabancıların bu başvurusunun reddedilmesi ya da alınan izin veya muafiyetin iptal edilmesi üzerine, ret veya iptal kararının tebliğ edilmesinden sonra otuz gün içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na itiraz yapılabilir. Bakanlık'ın itirazı reddetmesi üzerine idarî yargı yoluna başvurulabilecektir (UİK m. 21). Bakanlık, yapılan itirazı reddetmese de, altmış gün içinde bir cevap vermezse, yapılan itiraz reddedilmiş sayılacak ve bu ret kararına karşı dava açılabilir (2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu¹⁴⁹ m. 10(2)). Ayrıca UİK m. 21'de Bakanlık'ın Uluslararası İşgücü Kanunu kapsamında verdiği kararlara karşı ilk önce Bakanlık'a itiraz edilmesinin, açılabilir idarî dava için bir şart olarak düzenlenmiş olmaması sebebiyle (bir diğer deyişle Bakanlık'a yapılacak itirazın zorunlu bir yol değil, ihtiyarî bir yol olarak öngörülmüş olması sebebiyle), verilen ilk karara karşı da itirazda bulunulmadan dava açılabilir.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Yürürlük tarihi: 6 Ocak 1982; Resmî Gazete sayı: 17580.

¹⁵⁰ Ekşi, s. 255.

Uluslararası İşgücü Kanunu çerçevesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın aldığı kararlara karşı dava açma süresi altmış gündür (İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 7(1)). Dolayısıyla, çalışma izni başvurusunun reddedilmesi üzerine, kararın tebliğ edildiği tarihten sonra altmış gün içinde dava açılabilir. İdarenin verdiği karar üzerine ilk aşamada itirazda bulunulursa, Bakanlık'ın başvuruyu reddetmesi (veya altmış gün boyunca sessiz kalıp başvurunun reddedilmiş sayılması) üzerine, dava açma süresi içinde idare mahkemelerinde iptal davası açılacaktır.¹⁵¹ Bu davada yapılan idarî işlemin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmekte ve işlemin iptali istenmektedir (İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2(a) ve m. 12).

Bu davada görevli ve yetkili mahkemenin hangi mahkeme olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvurusunun reddi veya ilgili belgenin iptali, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın bir bireysel işlemidir. Bu işlem, Bakanlar Kurulu kararı ya da bir bakanlığın düzenleyici işlemi olmaması nedeniyle, 2575 sayılı Danıştay Kanunu¹⁵² m. 24'ün kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla bu dava Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı davalardan biri değildir. Bu nedenle, görevli mahkeme idare mahkemesidir.¹⁵³ Herhangi bir özel yetki kuralının bulunmaması nedeniyle, bu davada yetkinin İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 32'deki genel yetki kuralına göre tespit edilmesi gerekmektedir. Bu kurala göre, "yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi [...] yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir". Dava konusu idarî işlem, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın bir işlemi olduğuna göre, bu işleme karşı Ankara idare mahkemesinde davanın açılması gerekecektir. Bununla beraber, iptal davası açılması için dilekçe, başvurusu reddedilen yabancıнын yurtdışında olması durumunda Türk konsolosluklarına, yabancıнын yurtiçinde başka bir şehirde olması durumunda ise bulunduğu yerdeki idare mahkemesi başkanlığına veya idare mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliğine verilebilir (İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 4).

İdare mahkemesinin verdiği karara karşı, İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 45(1)'e göre, mahkemenin verdiği kararın tebliğinden itibaren otuz gün

¹⁵¹ İdarenin verdiği karara karşı yapılan itiraz, idarî dava açma süresini durdurur (İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 11(1)). Ayrıca bkz. Ekşi, s. 255-256.

¹⁵² Yürürlük tarihi: 6 Ocak 1982; Resmî Gazete sayı: 17580.

¹⁵³ Ayrıca bkz. Ekşi, s. 253.

içinde, bölge idare mahkemesinde istinaf yoluna başvurulabilecektir. İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 46 ise, bölge idare mahkemelerinin temyiz edilebilecek kararlarını saymıştır. Ancak kanunda belirtilen hâller, genel olarak bir yabancının çalışma izninin reddedilmesi veya iptali durumu ile örtüşmektedir.¹⁵⁴ Bu sebeple doktrinde, yabancıların çalışma iznine ilişkin uyuşmazlıklardan çıkan davalarda bölge idare mahkemelerinin istinaf yoluyla verdiği kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı Danıştay’da temyize başvurulamayacağı belirtilmiştir.¹⁵⁵

B. İdarî Yükümlülükler ve Denetim

UİK m. 22(1)’e göre, yabancı çalıştıran işverenler ile süresiz veya bağımsız çalışma izni bulunan yabancılar, çalışma izninin veya çalışma izni muafiyeti kapsamında çalışmanın başlaması ve sona ermesi durumu ile çalışma izni veya muafiyetinin iptalini gerektirecek hâlleri on beş gün içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na bildirmekle yükümlüdürler. Bu hüküm biraz fazla genelleştirilmiş bir ifade kullanmaktadır. Bu hükmün lafzından süresiz çalışma izni bulunan yabancıların, çalışmaya başladığı ve çalışmasının sona erdiği tarihleri de Bakanlık’a bildirmesi gerekeceği anlaşılmaktadır. Ancak süresiz çalışma iznine sahip kişilerin, çalışmaya ne zaman başlayıp ne zaman ilgili işten ayrıldığına bir önemi bulunmamalıdır; zira bu kişilerin çalışma izni, belli bir işyerinde çalışıp çalışmamaya bağlı değildir. Teorik olarak böyle bir sonuca ulaşılabilse de, süresiz çalışanların da işe başlama ve işin bitiş tarihlerini on beş gün içinde Bakanlık’a bildirmeleri, UİK m. 22(1) altında kanunî bir gerekliliktir. Aksi hâlde, süresiz çalışma izni sahibi yabancının bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle idarî para cezası ödemesi gerekecektir (UİK m. 23(5)(a)(1)). Bu nedenle, UİK m. 22(1)’in bu gibi gereksiz bildirimleri ayıklayacak bir lafza kavuşturulması yerinde olacaktır.

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alan yabancılarla bu yabancılar çalıştıran işverenlerin bir diğer kanunî yükümlülüğü, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülükleridir. Bu yükümlülüklerin de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹⁵⁶ uyarınca zamanında yerine getirilmesi gerekmektedir (UİK m. 22(2)).

¹⁵⁴ Ekşi, s. 253.

¹⁵⁵ Ekşi, s. 254.

¹⁵⁶ Genel yürürlük tarihi: 1 Ekim 2008; Resmî Gazete sayı: 26200.

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alan yabancı ile bu kişileri çalıştıran işverenlerin Uluslararası İşgücü Kanunu'ndan doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediikleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri ve sosyal güvenlik denetmenleri tarafından denetlenmektedir (UİK m. 23(1)). Kamu idarelerinin ve kolluk kuvvetlerinin işyerlerinde yaptığı kendi denetimlerinde de Uluslararası İşgücü Kanunu'nun ihlal edildiğini saptamaları durumunda, bu tespitler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile paylaşılmaktadır (UİK m. 23(2)). Tespit edilen ihlaller üzerine, Çalışma ve İş Kurumu il müdürü Uluslararası İşgücü Kanunu'ndaki idarî yaptırımları uygular (UİK m. 23(3)). Verilen idarî para cezasının bir ay içinde ödenmesi gerekmektedir (UİK m. 23(4)). Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin ve çalışma izni olmaksızın çalışmanın idarî para cezaları UİK m. 23(5)'te belirlenmiştir. Ayrıca, çalışma izni bulunmadan çalıştığı tespit edilen yabancılar sınır dışı edilecektir (UİK m. 23(8)). Uluslararası İşgücü Kanunu'nda özel bir hüküm bulunmadığı için, bu kanuna göre verilmiş idarî para cezalarına karşı, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu¹⁵⁷ m. 27(1) uyarınca kararın tebliğinden itibaren en geç on beş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilmektedir.¹⁵⁸ Aksi hâlde, idarî para cezası kesinleşecektir.

SONUÇ

Bu çalışma, Türkiye'de değişen göç hareketliliği ve devletin göç politikalarına paralel olarak, bu gerçekliğe ve politikalara daha uygun kriterlerin yabancılar verilecek çalışma izinlerinde de uygulanabilmesi amacıyla 2016'da yürürlüğe giren Uluslararası İşgücü Kanunu'nu incelemiştir. Bu

¹⁵⁷ Yürürlük tarihi: 1 Haziran 2005; Resmî Gazete sayı: 25772.

¹⁵⁸ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 102 kapsamında uygulanan idarî para cezalarına karşı başka bir itiraz yolu öngörülmemiştir. Buna göre, idarî para cezasının tebliğinden itibaren on beş gün içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na itiraz yapılabilir, itirazın reddedilmesi durumunda ise, ret kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Her ne kadar Uluslararası İşgücü Kanunu'ndaki çalışmaya başlama ve bitiş bildirim yükümlülükleri Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamındaki bildirim yükümlülüklerine benzese de, bu bildirimlerin amacı, kapsamı ve işlevi farklıdır. Bu nedenle, Uluslararası İşgücü Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmadığı ve bu kanundaki idarî para cezası yaptırımının Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndakinden farklı bir yaptırım olması nedeniyle, idarî para cezalarına karşı genel itiraz yolunun uygulanması hukuk tekniği açısından daha doğru bir sonuçtur.

kapsamda, yeni kanunun getirdiği önemli yeniliklerin üzerinde durulmuş; yoruma veya eleştiriye açık çeşitli düzenlemeler ise ayrıca tartışılmıştır.

Yeni düzenlemenin getirdiği en temel yenilik, yabancıların çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde dikkate alınacak kriterlerdir. Uygulanan kriterler kaliteli işgücünün ve sermayenin Türkiye'ye çekilmesine yönelik olarak değiştirilmiş, bir puanlama sisteminin uygulanması öngörülmüş, temel kriter olarak da uluslararası işgücü politikasına uygun olarak çalışma izni verileceği belirtilmiştir. Ayrıca, meslekî yeterlilik gerektiren bazı hizmetlerde çalışacak yabancıların çalışma iznine başvurmadan önce ön izin almasının gerekmesi de, yeni düzenlemenin en dikkat çeken noktalarından birini teşkil etmektedir.

Yeni düzenlemedeki bir diğer önemli yenilik ise, "Turkuaz Kart" adı altında yeni bir çalışma izninin uygulamaya sokulmasıdır. Bu çalışma izni, kaliteli işgücü ve sermayenin Türkiye'ye çekilmesi anlayışına paralel olarak ortaya konmuş bir çalışma izni türüdür. Bu çalışma izni, Türkiye'ye özellikle çekilmek istenen yabancılara kolaylaştırılmış bir prosedür sunmakta ve üç yıllık bir deneme süresinin ardından, ilgili yabancıların Türkiye'de çalışma izninden süresiz olarak yararlanmasını sağlamaktadır. Ancak Turkuaz Kart uygulamasında, özellikle bu Kart sahibinin yakını olarak gelecek kişilerin durumuna ilişkin düzenlemelerde eksiklik bulunmaktadır. Bu eksiklik, uygun düştüğü ölçüde aile ikamet iznine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla çözülebilir. Eleştirilebilecek bir diğer nokta da, Turkuaz Kart sahibinin yakınlarına sadece ikamet izninin sağlanmasıdır. Oysa, yakınlarla çalışma izninin de sağlanması, bu uygulamanın daha başarılı olmasını sağlayabilecektir.

Yeni kanun, uzun dönem ikamet izni olan yabancıların süresiz çalışma izni olmadığı, ama bu yabancıların süresiz çalışma iznine kolaylaştırılmış bir şekilde başvurabileceğini açıkça düzenlemektedir. Öte yandan, uzun dönem ikamet izni olmayan yabancıların süresiz çalışma iznine başvurması için aranan süre şartı, özellikle Türk vatandaşlığına başvuru için aranan süre şartı ile karşılaştırıldığında yerinde olmayan bir düzenleme olarak dikkati çekmektedir. Sekiz yıllık bu sürenin dört ya da beş yıla düşürülmesi, göç alan çeşitli önemli Avrupa ülkelerine benzer bir düzenlemeye kavuşulması adına uygun olabilecektir.

Yeni düzenlemede en önemli değişikliklerden biri de, bağımsız çalışma iznine ilişkin olarak getirilmiştir. Bağımsız çalışma iznine ilişkin düzenle-

me, kimlerin bu izne başvurabileceği noktasında farklı olasılıkları dikkate almış ve daha önemlisi bu izne başvuru yapılması için başvuracak yabancı-
nın Türkiye’de daha önce beş yıl ikamet etmesi şartı kaldırılmıştır. Bu sa-
yede, yurtdışında yaşayan bir yabancı, daha önce hiç Türkiye’de çalışmadan
bir iş kurmak amacıyla doğrudan bu çalışma iznine başvurabilecektir. Bu
ise, yerinde bir çözümdür: Türkiye dışında yaşayan bir yabancı girişimcinin
projesini geliştirmek amacıyla Türkiye’ye gelip bu işi kurması yeni düzenle-
meyle engellenmemektedir.

Çalışma iznine ilişkin tanınan istisnaî statüler ise, genellikle mevcut
mevzuata uyumlu kurallar getirmektedir. Bu noktada, yeni kanunun ulusla-
rarası koruma ve geçici koruma altındaki yabancıların Türkiye’de iş piyasa-
larına erişimi ile ilgili bir kural getirdiği vurgulanmalıdır. Bu hüküm, özel-
likle Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’ndaki mevcut düzenlemeyi
değiştirmemiştir.

Bu aşamada, “Türk soylu” yabancılara ilişkin de bir istisna kuralının
öngörüldüğü belirtilmelidir. Mevzuatta “Türk soylu” yabancılara tanınan
ayrıcalıklı statünün ırka dayalı bir statü yaratıyor olması nedeniyle eleştiriye
açık olduğu dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Acun Mekengeç, Merve: ‘Ahıska Türklerinin Türk Vatandaşlığına Alınması ve Türkiye’deki Çalışma Hakları’ (2014) 20(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 159
- Akdağ-Güney, Necla: ‘Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları’ (2008) 57(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1
- Aktaş, Munise Tuba: ‘Ücret Odaklı Uluslararası İşgücü Hareketliliğinin İşgücü Piyasalarına Etkileri’ (2015) 2(2) *Tesam Akademi Dergisi* 197
- Aybay, Rona / Özbek, Nimet: *Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, 4. Bası)
- Aygül, Musa: ‘Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasağı’ (2010) 14(1) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31
- Aygün, Mesut / Kaya, Cansu: ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon’ (2016) 7(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 87
- Baran Çelik, Neşe: ‘Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri’ (2015) 1(Özel Sayı) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67
- Baran Çelik, Neşe: ‘Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması’ (2017) 130 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 357
- Çalışkan, Zeynep: ‘GATS Anlaşması Bağlamında Yabancıların Çalışma Hakları’, in: Bilgin Tiryakioğlu / Mesut Aygün / Ali Önal / A. Kübra Altıparmak / Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu: Eskişehir, 21-22 Nisan 2016* (Yetkin, 2016) 225
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, *Yabancıların Çalışma İzinleri 2015* (Ankara, 2016)
- Çelikel, Aysel / (Öztekin) Gelgel, Günseli: *Yabancılar Hukuku* (Beta, 2017, 23. Bası)
- Çiçekli, Bülent: ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler’, in: Ceyda Süral / Ekin Ömeroğlu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi* 17

Çörtoğlu Koca, Sema: ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler’ (2016/2) *Ankara Barosu Dergisi* 41

Doğan, Vahit: *Türk Yabancılar Hukuku* (Savaş, 2016, 1. Bası)

Doğan, Vahit: *Türk Yabancılar Hukuku* (Savaş, 2017, 2. Bası)

Doğan, Vahit: *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Savaş, 2017, 14. Bası)

Ekşi, Nuray: *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (Beta, 2016, 4. Bası)

Elçin, Doğa: ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı?’ (2017) 7(30) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 117

Erdem, B. Bahadır: *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Beta, 2016, 4. Bası)

Erten, Rifat: ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme’ (2015) 19(1) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3

Fişek, Hicri: ‘Vatandaşlığa Alınmanın İptali’, in: Hicri Fişek, vd. (eds), *Osman Berki’ye Armağan* (AÜHF, 1977) 373

Güner, Cemil: ‘Yetkili Makam Kararıyla Genel Yoldan Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Öğrenci Olmanın Etkisi’ (2016/2) *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 291

Halıcı, Saliha: ‘Yabancı ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Öğrenci İkamet İzni’ (2017) 25(2) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 405

Kaplan, Yavuz: ‘Suriyeli Sığınmacıların Türkiye’de Geçici Koruma Statüsünden Yararlanmasının Kapsamı’, in: Bilgin Tiryakioğlu / Mesut Aygün / Ali Önal / A. Kübra Altıparmak / Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu: Eskişehir, 21-22 Nisan 2016* (Yetkin, 2016) 173

Kaya, Cansu: ‘Türkiye’de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları’ (2017) 3(5) *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57

Kuşaksız Tanboğa, Aysel: ‘Yabancıların Çalışma İzinleri’ (2014/121) *Dayanışma Dergisi* 59

Mehter Aykın, Sibel / Öztürk, Necla: ‘Türkiye İşgücü Piyasasında Serbestleşme ve Yabancı İstihdamı: Taahhütlerde İlerleme’ (Ekim 2017) 13 *Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 623

- Nomer, Ergin: *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Filiz, 2017, 23. Bası)
- Öktem, Emre: ‘The legal notion of nationality in the Turkish Republic: from Ottoman legacy to modern aberrations’ (2017) 53(4) *Middle Eastern Studies* 638
- Özbek Hadimoğlu, Nimet: ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan İkamet İzni Türleri ile Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranan İkamet Şartı Arasında İlişki’ (2012) 102 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 149
- Özel, Sibel: ‘Suriyeli Sığınmacıların Kitleli Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi’ (2017) 91(3) *İstanbul Barosu Dergisi* 14
- Özkan, Işıl: *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (Seçkin, 2017, 2. Bası)
- Öztekin Gelgel, Günseli: “Yabancıların Türkiye’de Çalışması”, in: Ceyda Süral / Ekin Ömeroğlu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun Değerlendirilmesi* 67
- Öztürk, Emrullah: *Türk Asıllı Afgan Mültecilerin 12 Eylül Dönemi’nde İskân ve İstihdamı* (Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014)
- Öztürk Yılmaz, Necla: ‘5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması’ (2007) 68 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 241
- Sargın, Fügen: ‘Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme ve Çalışma Hakları’ (1997-98) 17-18 *MHB* 317
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Fıganmeşe, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat, 2016, 5. Bası)
- Tanrıbilir, Feriha Bilge: ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri’ (2008) 75 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 27
- Teksoy, Barış: ‘Yabancıların Çalışma Hakkı ile İlgili Güncel Gelişmeler’, in: Bilgin Tiryakioğlu / Mesut Aygün / Ali Önal / A. Kübra Altıparmak / Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu: Eskişehir, 21-22 Nisan 2016* (Yetkin, 2016) 245

Tiryaki, Hamit: *Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri* (Bilge, 2015)

Turan, Turgut / Tanrıbilir, Feriha Bilge: *Vatandaşlık Hukuku* (Yetkin, 2017, 4. Bası)

Uluslararası Çalışma Örgütü, *HIV/AIDS ve çalışma yaşamıyla ilgili ILO uygulama ve davranış kuralları* (Cenevre, 2001) (“http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_114155.pdf”; erişim tarihi: 20 Ocak 2018)

İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı

Arş. Gör. Doğan KARA*

Öz: İsviçre Borçlar Kanunu m. 208 ve Türk Borçlar Kanunu m. 229 alıcının ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmesi durumunda satıcının tazminat yükümlülüğünü düzenlerken “doğrudan zarar” ve “dolaylı zarar” ayrımına yer vermiştir. İsviçre-Türk Borçlar Hukuku’nda kullanılan hukuki terminolojiye yabancı olan bu iki kavram birçok tartışmaya sebep olmuştur. Zira bu ayrımın sınırlarının nasıl tespit edileceği hususu net değildir. Öğretideki temel iki eğilim bu ayrımı müspet ve menfi zarar ayrımı çerçevesinde konumlandırmak ya da nedensellik bağının yoğunluğuna göre bir ayırım yapmak şeklinde gelişmiştir. Bu çalışmada ilk olarak İsviçre-Türk öğreti ve uygulamasında savunulmuş olan görüşlere değinilecektir. Daha sonra “doğrudan zarar” ve “dolaylı zarar” ayrımının ne şekilde yapılacağı sorusuna bir cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: ayıp, doğrudan zarar, dolaylı zarar, sözleşmeden dönme, müspet zarar, menfi zarar, nedensellik bağı.

Direct and Indirect Damage Separation in the Swiss-Turkish Legal System on the Basis of Warranty of Quality and Fitness

Abstract: Article 208 of the Swiss Code of Obligations and Article 229 of the Turkish Code of Obligations give place to distinction between “direct damages” and “indirect damages” while regulating the seller’s indemnification obligation in the

* Makale gönderim tarihi: 12.05.2018. Makale kabul tarihi: 26.06.2018.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (dkara@gsu.edu.tr).

Kıymetli katkılarından ötürü Prof. Dr. Gilles Petitpierre’e ve Prof. Dr. Halûk Nami Nomer’e teşekkürü borç bilirim.

event that the buyer terminates the contract. These two concepts, which are foreign to the legal terminology used in the Swiss-Turkish Obligations Law, have caused many debates. However, it is not clear how to determine the limits of this division. The two main tendencies in the doctrine have been to develop this distinction in the context of positive and negative damage or to differentiate according to the intensity of causality. In this study, firstly, the views advocated in Swiss-Turkish teaching and practice will be mentioned. Then an answer will be sought in the question of how to distinguish between “direct damage” and “indirect damage”.

Keywords: defect, direct damages, indirect damages, retroactive termination of contract, positive damage, negative damage, causality.

KISALTMALAR LİSTESİ

- Art. : Article (madde)
ATF : Arrêt du Tribunal Fédéral (Federal Mahkeme Kararı)
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkzn. : Bakınız
CR : Commantaire Romand
dn. : Dipnot
E. : Esas sayısı
HD : Hukuk Dairesi
JdT : Journal des Tribunaux
K. : Karar Sayısı
kazancı : Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (<http://www.kazanci.com>)
N. : Not (kenar notu)
p. : paragraf
RG : Resmi Gazete
S. : Sayı
s. : sayfa
T. : Tarih
vd. : ve devamı

GİRİŞ

Satıcının satım sözleşmesinden doğan sorumluluğunun şartları ve sonuçları hiç veya gereği gibi ifa etmeme hallerine göre farklılıklar göstermektedir. Satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunu gereği gibi ifa etmeme halleri, genel olarak satılanın ihtiva etmesi gereken bir hakta (*zapt, evictio, l'éviction, die Rechtsgewährleistung, l'evizione*) ya da bir nitelikte (*ayıp, peius, le défaut, der Mangel, il difetto*) eksiklik bulunmasına göre iki ana kuruma ayrılmaktadır. Satıcının zapttan ve ayıptan sorumluluğunu düzenleyen bu iki ana kurumun en büyük ortak özelliği ise satıcının sözleşmesel sorumluluğunu hemen hemen aynı ifadelerle ve kusurdan bağımsız olarak düzenlemeleridir. İşte bu iki kurumu öylesine önemli kılan husus, birtakım seçimlik hakları veya basit bir tazminat yükümlülüğünü düzenliyor olması değil, ihdas ettiği objektif sorumluluk esası ile bir “*garanti yükümlülüğü*” halini alan alıcıya sağladığı güvence rejimidir. Bu garanti yükümlülüğünün alıcıya sağladığı sözleşmeden dönme hakkı konusunda esasen önemli olan nokta ise meydana gelen zararı doğrudan ya da dolaylı olarak nitelendirmek değil, söz konusu zararın objektif sorumluluk sistemine mi yoksa kusura dayanan sorumluluk sistemine mi tabi tutulacağıdır. Kanun koyucu tarafından açıkça ortaya koyulmamış bu tercih öyle bir tercihtir ki, yeri geldiğinde hakaniyet duygularını hatırlatacak, yeri geldiğinde sevk edilmiş normu adeta baştan yazdıracaktır.

1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (CO)¹’nin kabulünün üzerinden 107 yıl, 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK)² İsviçre’den iktibasının üzerinden ise 92 yıl geçmesine rağmen satış sözleşmesine özgü bu “*güvence rejiminin*” sınırları halen net bir şekilde çizilebilmiş değildir. İsviçre-Türk hukuk sisteminde derin tartışmalara yol açmış olan CO art. 195, 208 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)³ m. 217, 229 hükümlerinin varlık sebebi dahi sorgulanmış, kanunun sadece üç maddesinde geçen “*doğrudan zarar*” ifadesi⁴ birçok farklı görüşün doğmasına sebep olmuştur. Konu

¹ Loi Fédérale Complétant le Code Civil Suisse du 30 Mars 1911, Livre cinquième: Droit des Obligations (9 Mart 1911 tarihli İsviçre Medenini Kanunu’nu Tamamlayan Federal Kanun, Beşinci Kitap: Borçlar Hukuku), (çevrimiçi, www.admin.ch, 15.04.2018).

² 818 sayılı Borçlar Kanunu, T. 22.04.1926, RG T. 29.04.1926, S. 359.

³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, T. 11.01.2011, RG T. 04.02.2011, S. 27836.

⁴ Tam zapt halinde alıcının sorumluluğunu düzenleyen CO art. 195 ve TBK m. 217 hükümleri, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmeyen sonuçlarını düzenleyen CO art. 208 ve TBK

hakkındaki farklı görüşlerin yarattığı zenginlik, aynı zamanda bir hukuki belirsizliğe de yol açmaktadır. Zira öğretide ifade bulan görüşlerin uygulamaya yansımaları neticesinde hükmedilecek tazminatın boyutları büyük bir değişkenlik arz edecektir. Bu durum ise doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının öğretisi ve uygulamada netleştirilmesi ihtiyacını daha da belirgin hale getirmektedir.

Bu çalışmada her ne kadar yeri geldiğinde satıcının tam zapt halinde sorumluluğunu düzenleyen hükümler ışığında ifade bulmuş fikirlerden faydalanılmışsa da, çalışmanın konusunu oluşturan doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, özellikle hakta değil nitelikte eksikliği düzenleyen ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde incelenecektir. İlk olarak ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme halinde satıcının tazminat sorumluluğunu düzenleyen CO art. 208 ve TBK m. 229 hükümlerinin kaynağına inilecek, konunun kanunda düzenleniş şeklinin belirtilmesinin akabinde İsviçre-Türk öğretisinin konu hakkında görüşlerine yer verilecek ve son olarak İsviçre-Türk uygulamasında konunun ele alınış şekli güncel kararlar ışığında yansıtılmaya çalışılacaktır.

I. TBK m. 229. VE CO art. 208 HÜKÜMLERİNE GÖRE KABUL EDİLEN ZARAR AYRIMI

A. Tarihsel Gelişim

Ayıp sebebiyle satıcının sorumluluğunu düzenleyen hükümler kaynağını Roma Hukuku'ndan almaktadır. Roma Hukuku döneminde çarşı ve pazarların düzeninden sorumlu olan “*aedilis curis*” adı verilen memurların yaygınlaşmasıyla satıcılar, sattıkları mallardaki ayıplardan sorumlu tutulmuş ve bu sorumluluğun kapsamına gizli ayıplar da dâhil edilmiştir⁵. Bu sorumluluk çerçevesinde alıcı temelde iki seçimlik hakka sahip olmaktaydı.

m. 229 hükümleri, son olarak adı ortaklıkta ortaklardan birinin uğradığı doğrudan zararlar sebebiyle diğer ortakların sorumluluğunu düzenleyen CO art. 537 ve TBK m. 627 hükümleri kanunumuzun “*doğrudan zarar*” kavramından bahsettiği istisnai hükümleri teşkil eder.

⁵ **Ziya Umur**, Roma Hukuku Ders Notları, Tıpkı 3. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 364; **Türkân Rado**, Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2014, s.100; **Bülent Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 216; **Belgin Erdoğan**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2014,s. 89; **Şahin Akıncı**, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku, 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2017, s. 139.

Alıcı “*actio quanti minoris*” ile bir yıl içinde bedel indirimi talep edebilir ya da “*actio redhibitoria*” ile altı ay içinde alıcıya bir dava açarak sözleşmeden dönebilir⁶ ve satış bedelini geri isteyebilirdi. Alıcı bu talepler dışında “*actio empti*” ile uğradığı zararların tazmin edilmesini ise her zaman talep edebilirdi⁷.

Digesta’da yer alan *Ulpinianus*’a ait bir metinde⁸ *Julianus*’un satış sözleşmesinden doğan davalarda satıcının ayıbı bildiği ve bilmediği iki durumu ayırt ettiğini, satıcının ayıbı bilmediği durumlarda şayet ayıbın varlığından haberdar olunsaydı ödenecek olan düşük bedel ile ödenmiş olan bedel farkını alıcıya ödemek zorunda olduğunu, satıcının ayıbı bildiği durumlarda ise bu durumu alıcıya bildirmede için alıcıyı yanıltmış sayılacağını ve alıcının uğradığı bütün zararları gidermek zorunda olduğunu belirtmiştir. *Ulpinianus* söz konusu metinde ayıplı bir kereste satışı ile hasta bir hayvan satışını örnek göstermektedir. Şayet satıcı bu durumda kerestede ayıbı biliyorsa ve ayıp sebebiyle inşa edilen bina çökmüşse bu durumda satıcı binanın değerini karşılayacak, şayet satıcı sattığı hayvandaki hastalığı biliyorsa ve bu hastalık sebebiyle bütün sürü zarar görmüşse bu zararın tamamını gidermek zorunda olacaktır⁹. O halde Roma Hukuku’nda satıcı, bilmediği ayıplardan ötürü yalnızca verdiği söze aykırı davranması sebebiyle aradaki bedel farkını iade etme yükümlülüğü altına girmekte, öte yandan bildiği ayıplardan ötürü genel bir hukuk kuralı olan sözleşmenin kuruluşu esnasında karşı tarafı yanıltmama yükümlülüğüne aykırı davrandığı için verdiği bütün zararları tazmin etmek zorunda kalmaktadır¹⁰.

⁶ Belirtmek gerekir ki Roma Hukuku’nda ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönmenin ancak bir dava açılarak gerçekleşmesi İsviçre Kanun Koyucusu tarafından da benimsenmiştir. Halen CO art. 205/I uyarınca İsviçre Hukuku’nda ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı “*l’action rédhibitoire (actio redhibitoria)*” denilen yenilik doğuran bir dava ile kullanılmaktadır. Bu çözüm eBK m. 202 hükmü uyarınca Türk Hukuku açısından da benimsenmiş olmakla beraber, TBK m. 227 sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran bir hukuki işlemle kullanılabileceğini hükme bağlamış ve dava açılması şartından vazgeçmiştir.

⁷ **Umur**, 364; **Rado**, s. 100; **Tahiroğlu**, s. 217; **Erdoğan**, s. 86.

⁸ Ulpinianus D. 19.1.13. Söz konusu metin için bkz.: **Pascal Pichonnaz**, “L’obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l’art. 208 CO”, *L’Homme et son droit Mélanges en l’honneur de Marco Borghi*, AISUF - Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg Band/Nr. 308, Fribourg, 2011, s. 400-403.

⁹ Ulpinianus D. 19.1.13, (Naklen: **Pichonnaz**, s. 401-403).

¹⁰ **Pichonnaz**, s. 401-403.

Roma Hukuku mirasını devralan CO m. 208 ve dolayısıyla TBK m. 229 hükmüne kaynaklık eden 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu (aCO)¹¹ m. 249 hükmü alıcıya satılanın ayıplı olması sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Öte taraftan sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen aCO art. 253, “(1) *Sözleşmeden dönme halinde alıcı, satılanı ondan elde ettiği yararlar ve meydana gelen artışlarla birlikte geri vermek zorundadır. Satıcı ise ödenmiş olan satış bedelini faiziyle birlikte geri vermek, diğer taraftan ayıplı malın teslimi sonucunda alıcının doğrudan doğruya uğradığı zararları gidermek zorundadır. Ayrıca aCO art. 241 hükmü*¹² kıyasen uygulanır.” düzenlemesine yer vermiştir. Böylece aCO art. 253 hükmü, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme halinde objektif sorumluluk esasına dayalı bir tazmin mekanizması öngörerek satıcının kusursuz olsa bile alıcının uğradığı doğrudan zararları giderme yükümlülüğü altında olduğunu düzenlenmiştir. Öte yandan aCO art. 253’ün aCO art. 241 hükmüne yaptığı atıf gereği borçlu, alıcının uğradığı doğrudan zararlar dışındaki diğer (*dolaylı*) zararlardan ancak kusuru varsa genel hüküm niteliğindeki aCO art. 116 uyarınca sorumlu tutulmuştur¹³.

Ayıptan doğan sorumluluk kapsamındaki düzenleme, öngörülebilirlik esasına dayalı bir sözleşmesel sorumluluk rejimi öngören eski Federal Borçlar Kanunu’nun genel hükümleriyle de uyum içerisindedir. aCO art. 110, hiç veya gereği gibi ifa etmeme hallerinde borçlunun kusursuzluğunu ispat etmedikçe tazminat borcu altında olduğunu öngörmüştür. Ayrıca aCO art. 116/I, borçlunun borca ayrılık sebebiyle tazminat borcunun kapsamına sözleşmenin kuruluşu esnasında hiç veya gereği gibi ifa etmemenin doğrudan sonucu olarak öngörülebilien bütün zararların girdiğini düzenlemekte ve hâkime durumun gereklerine göre bir takdir yetkisi tanımaktadır¹⁴. Bunun

¹¹ Code Fédéral des Obligations du 14 Juin 1881 (14 Haziran 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu), Feuille Fédéral no. 26 du 18 Juin 1881, (çevrimiçi, www.admin.ch, 15.04.2018).

¹² Söz konusu hüküm satıcının satılanın zaptından dolayı sorumluluğunu düzenleyen, CO art. 195 ve TBK m. 217’ye kaynaklık eden maddedir.

¹³ **Pierre Cavin**, Considération sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue, la Semaine Judiciaire, Genève, Société Genevoise de droit de législation, 1969, (“Considérations” şeklinde kısaltılmıştır.), s. 330; **Jean Cuendet**, La faute contractuelle et ses effets, Etude de l’article 99 al. 3 CO, 2ème Edition, Berne, Edition Stämpfli&Cie SA, 1970, s. 68.

¹⁴ **Andreas Von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, (Çeviren: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, s. 82.

dışındaki zararlardan dolayı borçlu aCO art. 116/III hükmü uyarınca ancak ağır kusurluysa ve hâkim takdir ederse sorumlu tutulmuştur. O halde borçlu borcunu ifa etmediği veya kötü ifa ettiği hallerde, kusurlu olması şartıyla bu durumun doğrudan sonucu olarak öngörülebilir bütün zararlardan sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla borçlunun sözleşmesel sorumluluğu, öngörülebilir doğrudan zararla sınırlandırılmış, diğer zararların tazmini ağır kusurlu olması ve hâkimin takdir etmesi şartına bağlanmıştır. Alıcının uğradığı zararın doğrudan zarar kalemlerine dâhil edilebilmesi için, nedensellik bağının yoğunluğuna göre zarar ifa etmemenin doğrudan sonucu olarak nitelendirilmesi ve sözleşmenin kurulduğu esnada söz konusu zararların meydana gelebileceği taraflarca öngörülebilirliktir.

Eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu genel hükümlerde ihdas ettiği öngörülebilirlik esasına dayalı sözleşmesel sorumluluk rejimiyle tamamen paralel ve uyum içerisinde bir ayıptan sorumluluk rejimi öngörmüştür. Zira nedensellik bağının yoğunluğuna göre ve hayatın olağan akışı içerisinde ayıplı malın tesliminin doğrudan sonucu olarak öngörülebilir zararlar objektif sorumluluk esasına göre, satıcı kusursuz dahi olsa tazmin edilebilecek¹⁵, dolaylı zararlar ise aCO art. 116/III hükmü uyarınca satıcı ağır kusurlu ise tazmin imkânına kavuşacaktır. O halde aCO sistematüğinde ister genel hükümlerde yer alan sözleşmesel sorumluluk rejiminde olsun ister ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme halinde söz konusu olan sorumluluk rejiminde olsun tazminat yükümlülüğü için asıl önemli olan husus doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı olarak kabul edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, ilk olarak yoksun kalınan kârın bir dolaylı zarar kalemi olduğuna hükmetmiş, daha sonraki kararlarında ise alıcının satılanı tekrar satarak kâr elde etme menfaatinin öngörülebilir olduğu durumlarda bir doğrudan zarar kalemi teşkil edebileceği yönünde görüş beyan etmiştir¹⁶. Federal Mahkeme, 1911 ta-

¹⁵ **Pierre Cavin**, *Traité de droit privé suisse*, Tome IV, 1: vente échange donation, Fribourg, Edition universitaire de fribourg, 1978, ("Vente" şeklinde kısaltılmıştır.), s. 100.

¹⁶ **Michel Amaudruz**, *La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue dans la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels: Etude de droit comparé*, Lausanne, Imprimerie Jean Bron, 1968, s. 155; **Schneider, Fick**, *Commentaire populaire et pratique*, 1er volume titre I à XXII révisés par F. Fick, Adaptation française de la 4ème édition allemande par Max E. Porret, Delachaux&Niestlé S.A., Neuchâtel, 1915, s. 371, Art. 208, N. 12; ATF 23 II 1092 (Naklen: ATF 133 III 257), p. 4; ATF 24 II 62, p. 10 (Naklen: ATF 133 III 257). Yoksun kalınan kârın doğrudan zarar olarak değerlendirildiği İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski kararları için bkz: **Schneider, Fick**, s. 371, Art. 208, N. 12.

rihli Borçlar Kanunu'nun kabulü sonrasında verdiği kararlarda bu içtihadın tacirler ve tacir olmayan alıcılar arasında hukuken kabul edilemeyecek bir imtiyaz yarattığını, zira tacir alıcının satın aldığı malı tekrar satma arzusunun her zaman öngörülebilir olması yanında, tacir olmayan alıcılar için aynı genellenmenin yapılmayacağından bahisle haksız bir ayrıma sebep olacağını vurgulamıştır¹⁷.

Öğretide aCO art. 116/III hükmü tacirlere diğer tacir olmayan alıcılara nazaran aşırı bir menfaat sağladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira bir tacir için malın tekrar satılmak üzere satın alınmasının her zaman öngörülebilir bir durum olduğu ve bu sebeple tacirlerin öngörülebilirlik esasına dayanan bir sorumluluk rejiminde üçüncü kişilere karşı tedarik borçlarını ayıp sebebiyle ifa edemedikleri hallerde meydana gelen kar kayıplarını satıcıdan talep edebilecekleri ifade edilmiştir¹⁸. Bu durum ise kanunun genel sorumluluk rejiminde öngördüğü istisnai bir düzenleme olan objektif sorumluluk esasıyla bir borç ilişkisinden elde edilemeyen ekonomik menfaatin, başka bir borç ilişkisinden elde edilmesi, bir borç ilişkisinin barındırdığı ifa edileme riskinin ayıptan sorumlu olan ilk satıcıya yükletilmesi sonucunu doğurmaktadır.

1804 tarihli ve halen yürürlükte olan Fransız Medeni Kanunu (CCF)¹⁹, m. 1150 hükmü kasten ifa etmeme hali hariç olmak üzere borçlunun yalnızca sözleşmenin kurulduğu esnada öngörülen ya da öngörülmesi gereken bütün zararlardan sorumlu olduğunu düzenlemektedir. CCF art. 1151'de ise borçlunun borcunu kasten, başka bir ifade ile ifa etmeme hususunu bilerek ve isteyerek ifa etmediği hallerde sözleşmenin ifa edilmemesinin dolaysız sonucu olarak görülebilen ve doğrudan meydana gelen fiili zararların (*damnum emergens / perte éprouvée*) ve alıcının yoksun kaldığı kârın (*lucrum cessans / gain manqué*) borçlu tarafından tazmin edileceğini öngörmüştür. Böylece esasen İsviçre Kanunun Koyucusundan önce, Fransız Kanun Koyucusu öngörülebilirlik esasına dayanan bir sorumluluk rejimi öngörmüş ve söz konusu sorumluluk rejimi İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararla-

¹⁷ ATF 79 II 376, p. 3, (çevrimiçi, www.servat.unibe.ch, 15.04.2018).

¹⁸ **Cavin**, Vente, s. 100; **Schneider, Fick**, s. 371, Art. 208, N. 12.

¹⁹ Code Civil Français du 7 Février 1804, Journal Officiel du 17 Février 1804 (7 Şubat 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, 17 Şubat 1804 tarihli Fransa Resmi Gazetesi), (çevrimiçi, www.legifrance.gouv.fr, 15.04.2018).

rında da ifade edildiği üzere aCO art. 116 ve art. 253 hükümlerine kaynaklık etmiştir²⁰. Avrupa hukuk tarihinde ilk medeni kanunun Fransa’da kabul edilmesi, bu medeni kanunun Romanist geleneğe dayanması, henüz Alman Medeni Kanunu’nun kabul edilmemiş olması gibi sebeplerle CCF, kendisinin ardılı olan birçok medeni kanunu ve çeşitli kanunlaştırma hareketlerini etkilemiştir. aCO art. 116 ve 253 hükümleri ise bu etkileşimin en açık göstergesidir²¹.

1911 tarihli ve halen yürürlükte olan İsviçre Borçlar Kanunu ise aCO art. 110 ve devamında düzenlenen öngörülebilirlik esasına dayalı sorumluluk rejimi ile satıcının sorumluluğunu sınırlandırmak için getirilmiş doğrudan ve dolaylı zarar ayırımına son vermiş ancak CO art. 208’de ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme ve CO art. 195’te tam zapt halinde söz konusu ayırımı aCO art.253 hükmünün lafzına da sadık kalarak korumuştur²². Böylece CO art. 195 ve 208 hükümleri, kanunun sistematığıne yabancı ve genel hükümlerde herhangi bir temeli bulunmayan doğrudan ve dolaylı zarar ayırımını günümüze kadar taşımıştır.

aCO döneminde, kanunun bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda nedensellik bağının yoğunluğuna ve öngörülebilirlik esasına göre teoride kolayca yapılabilecek bu ayırım, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu döneminde böyle bir sorumluluk rejiminin yalnızca iki maddede yer alması sebebiyle aynı kolaylıkla yapılamamış, söz konusu uyumsuzluk birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Bu açıdan kanun koyucunun eski ayırımı muhafaza etmek amacıyla mı doğrudan ve dolaylı zarar ayırımını koruduğu, yoksa bu ayırımının kanunun sistematığıne uygun düşen menfi ve müspet zarar ayırımı dâhilinde konumlandırılarak mı çözümlenmesi gerektiği şeklindeki fikirler tartışmaların odak noktası olmuştur. İsviçre Borçlar Kanunu’nun Türk Borç-

²⁰ ATF 133 III 257, p. 2.5.2. Karar için bkz: La Semaine Judiciaire, Çev. Cédric Remund, 2007, 28.11.2006, s. 461-472; **Franz Werro, Béatrice Hurni**, Le droit des contrats: jurisprudence fédérale choisie et annotée, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2012, s. 543 vd; **Von Tuhr**, s. 82, dn. 14; **Cuendet**, s. 68.

²¹ **Cuendet**, s. 68.

²² **Schneider, Fick**, s. 34, Art. 195, N. 3; **Cavin**, Vente, s. 99, 100; **Cuendet**, s. 68; **Pierre Engel**, Contrats de droit suisse: traité des contrats de la partie spéciale du code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés, Berne, Stämpfli Editions SA, 2000, s. 43; **Guy Stanislas**, Le droit de résolution dans le contrat de vente: Sanction de l’inexécution des obligations contractuelles: Etude de droit suisse, Genève, Librairie de l’Université Georg et Cie S.A., 1979, s. 137.

lar Kanunu'na kaynaklık etmesi ve CO art. 208'in çeviri nüansları²³ dışında aynen Türk Hukuku'na iktibas edilmesi neticesinde doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı ile beraberinde getirdiği sorunlar artık Türk Hukuku'nda da ele alınması gereken bir sorunsal olmuştur.

B. Kanunun Kabul Ettiği Ayrım

TBK m. 229/I b. 3 ve CO art. 208/II uyarınca alıcı, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme halinde uğradığı doğrudan zararları objektif sorumluluk esasına dayalı olarak satıcının herhangi bir kusuru bulunmasa bile satıcıdan talep edebilecektir. CO art. 208 hükmünde bu husus “*ayıplı malın tesliminden doğan doğrudan doğruya zararlar*” şeklinde daha açık bir şekilde ifade edilmiştir²⁴. Bu açıdan kanun istisnai bir düzenlemeyle kusursuz sorumluluk esasını benimsemiştir²⁵.

Alicının ayıp sebebiyle uğradığı doğrudan zararlar dışındaki zarar kalemleri ise dolaylı zarar olarak adlandırılmakta ve alıcı TBK m. 229/II ve CO art. 208/III uyarınca kusur sorumluluğu çerçevesinde uğradığı dolaylı zararların tazminini talep edebilmektedir. Ancak dolaylı zararların tazmininde, sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen CO art. 97 ve TBK m. 112 hükümleriyle paralel olarak bir kusur karinesine yer verilmiş, satıcı kural olarak alıcının uğradığı dolaylı zararları tazmin yükümlülüğü altında tutulmuş, ancak kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir. Bu durumda alıcının uğradığı dolaylı zararlar açısından kusursuz olduğunu ispat yükü satıcıya ait olacaktır.

²³ Belirtmek gerekir ki CO art. 208/II'de “*dommage résultant directement de la livraison de marchandises défectueuses*” ifadesi özellikle “*ayıplı malın teslimi sonucunda doğrudan doğruya meydana gelen zarar*” şeklinde açıklanabileceği gibi bu haliyle TBK m. 229/I b. 3 hükmünden daha ziyade, belirli bir nedensellik bağı çerçevesinde inceleme yapılması gerektiği yönündeki görüşü destekler niteliktedir. Zira TBK m. 229/I b. 3, ayıplı malın yol açtığı doğrudan zararın ayıplı malın “*tesliminin sonucunda*” meydana gelmesi şeklindeki ifadeyi kanun metninde zikretmemiştir. Bu durumun salt bir çeviri tercihindan meydana gelmiş olması kuvvetle muhtemeldir.

²⁴ Belirtmek gerekir ki mehzat İsviçre Kanunu'nun Fransızca metninde satış sözleşmesinin konusu olan mal genellikle eşya, satılan şey anlamına gelen “*chose vendue*” olarak nitelendirilmiş ancak CO art. 208/II hükmü ise ticari mal anlamına gelen “*marchandise*” kelimesine yer vermiştir. Terminoloji farklılığının İsviçre kanun koyucusunun bir dikkatsizliğinden ileri geldiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Cavin**, Vente, s. 99, **Engel**, s. 43.

²⁵ Bu husus İsviçre öğreti ve uygulamasında “*satıcının ne sattığını bilmesi gerektiği*” şeklinde gerekçelendirilmektedir. Bknz.: **Stanislas**, s. 139; ATF 79 II 376, p. 3.

Doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki ayırım, uygulanacak sorumluluk rejiminin belirlenmesi açısından hayati bir önem taşımaktadır. Çalışmanın bundan sonraki aşamasında bu hayati ayırımın nasıl gerçekleştirileceği sorusuna getirilen farklı çözümler üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır.

II. TÜRK İSVİÇRE ÖĞRETİSİNDE DOĞRUDAN VE DOLAYLI ZARAR AYRIMI

A. Doğrudan ve Dolaylı Zararı Menfi ve Müspet Zarar Ayrımı ile Açıklayan Görüş

İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği 26 Kasım 2006 tarihli Papağan Kararı'na²⁶ kadar öğretide baskın görüş, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının aslında menfi ve müspet zarar ayırımına dayandığı yönünde gelişmiştir²⁷. Yukarıda açıklandığı üzere 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu'na dayandırılan bu maddenin öngörülebilirlik esasına dayanan sorumluluk rejimi 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu ile kaldırılmış olup, bu görüşe göre kanunda yer verilmiş olan doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, yeni kanunun kabul ettiği zarar ayırımına yani menfi ve müspet zarar ayırımına dayandırılmalıdır. Her ne kadar CO art. 208/II hükmü öngörülebilirlik esasına dayanan bu sorumluluk rejiminin uzantısı olsa da söz konusu bu rejim

²⁶ ATF 133 III 257. Karar için bkz: La Semaine Judiciaire, Çev. Cédric Remund, 2007, 28.11.2006, s. 461-472; **Werro, Hurni**, s. 543 vd.

²⁷ **Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Akdin Muhtelif Nevileri, Çeviren: Kemal Fikret Arık, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1966, Art. 195, N. 7,8; **Von Tuhr**, s. 81, 82; **Cavin**, Vente, s. 69-70; **Cavin**, Considérations, s. 330; **Engel**, s. 31, 43; **Hızfı Veldet Velidedeoğlu, Refet Özdemir**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1987, s. 394; **Kenan Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nevileri, Sermet Matbaası, 1977, s. 171; **Feyzi Necmettin Feyzioğlu**, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 289; **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Cilt I, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 192 vd.; **Aydın Zevkililer, K. Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017, s. 127, dn. 301; **Cevdet Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Yayına Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), 10. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014, s. 190, 192; **Mustafa Alper Gümüş**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1: İsimli Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödücüsü, Tüketim Ödücüsü, Genel Hizmet Sözleşmesi, 3. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2013, s. 122, 123.

mevcut kanun sistematüğinde kabul edilmemiş, onun yerini zarar verici fiil ve zarar arasında bulunması gereken uygun nedensellik bağı şartı doldurmuştur²⁸.

Bu görüşe göre CO art. 208/II ve TBK m. 229/I b. 3'te ifade edilen ve objektif sorumluluk rejimine tabi tutulan doğrudan zarar kavramı, menfi zararı karşılamaktadır²⁹. Bu husus söz konusu kanun metninin alıcının talep edebileceğı menfi zarar kalemlerini³⁰ sırayla ifade eden lafzından da açıkça anlaşılmaktadır. Zira sistematik açıdan değerlendirildiğinde kanunun açıkça alıcıya talep edebileceğini belirttiğı hususlar menfi zarar kapsamında değerlendirilen zarar kalemleridir³¹. Bu durumda doğrudan zarar kapsamında alıcı, satıcı ile herhangi bir sözleşme ilişkisine girmeseydi sahip olacağı menfaati satıcıdan objektif sorumluluk esasına göre talep edebilecektir³². Bu husus genel hükümlerde sözleşmeden dönme halinde alacaklının “sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararların” giderilmesini isteyebileceğini öngören CO art. 109 ve TBK m. 125/II hükmüyle de uyumlu görülmüştür. Satıcının doğrudan zarar kapsamındaki sorumluluğunun kapsamına ise alıcının ödediğı harçlar, noter ve diğ er evrak masrafları, ödenmiş olan damga vergisi, satılanın taşınması için yapılmış olan masraflar dâhil olacaktır³³. Somut olayın özelliklerine göre ise bir hayvan satışı söz konusu ise besleme giderleri, bir deniz taşımacılığı söz konusu ise ödenen navlun ücreti ve yükleme masrafları, satılanın başka bir ülkeden gönderilmesi ihtimalinde gümrük masrafları, ayıplı mal bir uzman kişi tarafından muayene edilmişse söz konusu tespit giderleri, satılan bir ardiyede bulundurulmuşsa ardiye giderleri veya yabancı para birimi üzerinden yapılan satışlarda kur kaybı doğrudan zarar kapsamında değerlendirilebilecektir³⁴. Öte yandan bir

²⁸ Cavin, Vente, s. 100.

²⁹ Oser, Schönenberger, Art. 195, s. 66, N. 7; Cavin, Vente, s. 69; Engel, s. 31, 43; Velidedeoğlu, Özdemir, s. 394; Tunçomağ, s. 171; Feyzioğlu, s. 289; Tandoğan, s. 192; Gümüş, s. 123.

³⁰ Burada belirtilen menfi zarar kalemleri CO art. 208/II ve TMK m. 229'da belirtilen yargılama giderleri ve satılan için yapılmış olan giderlerdir.

³¹ Oser, Schönenberger, Art. 195, s. 66, N. 7; Cavin, Vente, s. 69; Gümüş, s. 123.

³² Engel, s. 31; Velidedeoğlu, Özdemir, s. 394; Tunçomağ, s. 171; Feyzioğlu, s. 289; Gümüş, s. 123.

³³ Engel, s. 31; Tunçomağ, s. 171; Tandoğan, s. 193; Zevkliler, Gökyayla, s. 127, dn. 301.

³⁴ Herman Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551, (Çeviren: Suat Dura), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993, m. 205, s. 128, N.

makine satışında makinenin ayıplı olması sonucu işletme faaliyetinin durması sebebiyle çalıştırılamayan işçilerin ücretlerinin doğrudan zarar kavramı dâhilinde değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir³⁵.

Alıcı, dolaylı zarar kapsamında ise satıcının kusursuzluğunu ispat edememesi ihtimalinde CO art. 208/II ve TBK m. 229/I b. 3 kapsamında talep edilemeyen yoksun kalınan kâr gibi müspet zarar kalemlerini talep edebilecektir. Zira kanun açıkça kusursuzluğunu ispat edemeyen satıcının sebep olduğu diğer bütün zararları tazmin etmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir³⁶. Bu durumda satıcının satılanın ayıplı olduğunu bilmesi ve buna rağmen alıcıyı sözleşme kurmaya yöneltmek amacıyla satıcıya ayıptan bahsetmemesi, satıcının alıcıya karşı tedarik borcunu yerine getirirken başka bir satıcıdan satın aldığı malları muayene etme imkânı olmasına rağmen muayene etmesizin alıcıya teslim etmiş olması ya da ayıplı olması mümkün sayılabilen bazı riskli malların satışında satıcının bu malları hiç kontrol etmemiş olması halinde satıcı kusurlu olarak değerlendirilecektir³⁷.

Oser ve Schönerberger'e göre doğrudan zarar kavramından yalnızca menfi zarar kapsamında değerlendirilebilen zararlar anlaşılmalıdır³⁸. Dolayısıyla alıcının sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesi amacıyla ya da sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yaptığı masraflar, doğrudan zarar niteliği taşıdığından satıcının hiçbir kusuru bulunmasa bile tazmin edilebilecektir. Bu görüşe göre alıcının malvarlığının aktifinde artma veya pasifinde azalma imkânını kaybetmesi şeklinde tezahür eden kaçırılan sözleşme yapma fırsatları³⁹ (*lucrum cessans*) her ne kadar bir fiili zarar (*damnum emergens*) teşkil

5; **Oser, Schönerberger**, Art. 195, s. 66, N. 7, Art. 208, N. 5; **Schneider, Fick**, s. 370, Art. 208, N. 8.

35 **Tandoğan**, s. 186. Karşı görüşte: **Becker**, m. 205, s. 128, N. 5; **Amaudruz**, s. 155. *Amaudruz* bu sonuca nedensellik bağının yoğunluğuna göre yaptığı ayırım sonucu varmakta ve emeklerinden faydalanılamayan işçilerinin ücretlerinin ödenmesinin ayıplı makinenin kullanımı sonucunda meydana geldiğini belirtmektedir. Bu görüş için bkz: **Amaudruz**, s. 155.

36 **Engel**, s. 43; **Tunçomağ**, s. 171; **Feyzioğlu**, s. 289; **Gümüş**, s. 123; **Zevkililer, Gökyayla**, s. 127, dn. 302.

37 **Becker**, m. 205, s. 128, N. 6; **Tunçomağ**, s. 171.

38 **Oser, Schönerberger**, Art. 195, s. 66, N. 7; Aynı görüşte: **Velidedeoğlu, Özdemir** s. 394; **Tunçomağ**, s. 171; **Feyzioğlu**, s. 289.

39 **Cuendet**, s. 61 vd.; **M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 390, N. 1284 vd.; **Halûk N. Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 405, N. 201 vd.

etmese de menfi zarar niteliğinde olduğundan doğrudan zarar kapsamında değerlendirilecektir⁴⁰. O halde satıcı, alıcının aynı tür malı satılanın ayıplı olması sebebiyle aynı şartlarda ve daha uygun bir bedelle satın alma imkânını kaybettiği durumlarda, söz konusu uygun bedel ile alıcının aynı malı daha sonra elde etmek için ödediği ya da ödeyeceği bedel arasındaki farkı tazmin etmek zorunda olacaktır⁴¹. Daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatını kaybeden alıcının malvarlığı, söz konusu zararının tazmin edilmesiyle sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş olsaydı içinde bulunacağı farazi duruma getirilmiş olur⁴². Diğer taraftan uzun zaman boyunca uygulamada yerleşmiş olan bu görüş uyarınca, dolaylı zarar kavramından ifa menfaatini hedef tutan müspet zarar kavramını anlamak gerekmektedir. Dolayısıyla kanun metninin lafzı, sözleşmelerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklının uğradığı zararların tazminini düzenleyen CO art. 97 ve TBK m. 112 ile uyumlu olduğu ifade edilmekte ve bu sebeple dolaylı zarar kavramından müspet zarar kalemlerinin anlaşılması gerektiğine işaret edilmektedir⁴³.

Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını menfi ve müspet zarar ayrımı ile açıklayan yazarlardan *Cavin*'e göre ise, CO art. 208/II ve TBK m. 229/I b. 3 hükmü ile benimsenen objektif sorumluluk esası, kanunda ifadesini bulan genel ilkelere bir istisna teşkil ettiği için dar yorumlanmalı ve satıcı yalnızca malın tesliminden doğan ve menfi zarar kapsamında değerlendirilen fiili zararları (*damnum emergens*) kusuru olmasa bile tazmin yükümlülüğü altında bulunmalıdır⁴⁴. Bu durumda alıcının malvarlığı, taraflar sözleşme ilişkisine

⁴⁰ Oser, Schönenberger, Art. 195, s. 66, N. 7.

⁴¹ Oğuzman, Öz, Cilt I, s. 391, N. 1287; Nomer, s. 406, N. 201.5; Ergüne, s. 301. Ancak belirtelim ki ayıplı malın söz konusu olduğu sözleşme ilişkisi ile ayıp sebebiyle ifa menfaatine ulaşamayan alıcının daha sonra başka bir kişi ile yaptığı sözleşme arasındaki fark ifa menfaatini hedef tuttuğu için olumlu zarar niteliğindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Ergüne, s. 305 vd.

⁴² Ergüne, s. 301-303.

⁴³ Oser, Schönenberger, Art. 195, s. 66, N. 7, 8. Ancak belirtmek gerekir ki öğretide de ifade edildiği üzere alacaklının aynı anda bir yandan sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi halinde alacaklının içinde bulunacağı farazi durumu yani ifa menfaatini hedef tutan müspet zararı, öte yandan kaçırdığı daha uygun sözleşme yapma fırsatları sebebiyle uğradığı menfi zararı talep etmesi mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Ergüne, s. 71 vd., 302 vd. Bu açıdan müspet veya menfi zarar şeklinde görülebilecek olan iki farklı "*lucrum cessans*" birbirini mutlak olarak dışlamakta; ancak "*damnum emergens*" niteliğinde sayılabilecek bazı zarar çeşitleri hem müspet hem de menfi zarar kapsamına dâhil edilebilmektedir.

⁴⁴ Cavin, Vente, s. 100. Cavin, Considérations, s. 330; Engel, s. 43. Aynı görüşte, Tandoğan, s. 192.

hiç girmemiş olsalardı içinde bulunacağı ekonomik duruma, diğer bir ifadeyle sözleşme kurulmadan önceki eski haline iade edilmeli, ancak alıcının yoksun kalınan kâr yahut kaçırılan sözleşme yapma fırsatından kaynaklanan zarar (*lucrum cessans*) kalemlerinin tazmini talebi CO art. 208/III kapsamında değerlendirilerek ancak satıcının kusuru varsa karşılanmalıdır⁴⁵.

Kural olarak geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde müspet zarar talep edilememektedir. Zira müspet zarar sözleşmenin ayakta tutulduğu hallerde ifa menfaatini elde edemeyen alıcıya elde edemediği bu menfaatin tazminat yolu ile sağlanmasını hedef tutar. Ancak doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını menfi ve müspet zarar ayrımıyla açıklayan bu görüşe göre kanun, zapttan sorumluluk halinde olduğu gibi ayıptan sorumluluk halinde de özel bir sorumluluk rejimi öngörerek temelini “*kanundan doğan garanti yükümlülüğünde*”⁴⁶ bulan bir müspet zararın tazmini imkânı sağlamış ve sorumluluk hukukunda getirdiği bu istisnai düzenlemeyle geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı bir durumda borçların ifa edilmemesine dair tazminat ilkesinin -*müspet zararın tazmini ilkesinin*- uygulanacağını öngörmüştür⁴⁷. Bu sebeple CO art. 208/III ve TBK m. 229/II hükmünde ifade edilen dolaylı zarar kavramı müspet zarar kavramına karşılık gelmekte olup, satıcı kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alıcının müspet zararını tazmin etmekle yükümlüdür⁴⁸. Kanun burada sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde CO art. 97 ve TBK m. 112 hükümlerinde getirdiği kusur karinesini muhafaza ederek; satıcıyı kural olarak alıcının uğradığı dolaylı zararları tazminle yükümlü tutmuş ancak satıcının kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmesi halinde bu yükümlülüğünden kurtula-

⁴⁵ **Cavin**, Vente, s. 100; **Cavin**, Considérations, s. 330; **Engel**, s. 43.

⁴⁶ Belirtmek gerekir ki, ayıptan doğan sorumluluk çerçevesince “*garanti*” yükümlülüğü İsviçre öğretinde sıkça dile getirilmekte ve CO art. 208’in başlığının “*sözleşmeden dönme*” değil “*garanti yükümlülüğü*” olması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Gilles Petitpierre**, l’Acheteur-revendeur et la responsabilité de l’article 208/II du code des obligations”, Mélanges en l’honneur de Henri Deschenaux Professeur à l’Université de Fribourg, Fribourg, Editions universitaires fribourg suisse, 1977, s. 331, 333.

⁴⁷ **Cavin**, Vente, s. 101. Aynı görüşte: **Engel**, s. 43.

⁴⁸ Daha sonrada ifade edileceği üzere bu husus öğretide ağır bir şekilde eleştirilmiştir. Müspet zarar talebinin satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini isteme yahut bedel indirimi gibi sözleşmenin ayakta tutulmasını hedef tutan diğer seçimlik haklarda söz konusu olabileceği, hakkında bkz: **Herbert Schönle**, “Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO.”, La Semaine Judiciaire, Genève, Société Genevoise de Droit et de Législation, 1977, s. 483.

çağını belirtmiştir. Bu açıdan CO art. 208/III ve TBK m. 112 hükmü aslında genel hükümlerde düzenlenen borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun sorumluluğunu düzenleyen CO art. 97 ve TBK m. 112 hükmünün tekrarından ve hükme yapılan bir atıftan ibarettir⁴⁹. Kusursuzluğunu ispat edemeyen satıcı, uygun nedensellik bağı çerçevesinde yol açtığı zararın tamamını gidermek zorunda olacaktır. O halde kusursuzluğunu ispat edemeyen satıcının tazminle yükümlü olduğu sorumluluk alanı genişleyecektir⁵⁰. Bu durumda alıcı yoksun kalınan kâr kapsamına giren zararlarını kusursuzluğunu ispat edememiş olması halinde satıcıdan talep edebilecektir⁵¹.

Dolaylı zararın tazmininde kusursuzluğunu ispat etmek zorunda olan satıcı, örneğin ithal ettiği makineleri tekrar satmak suretiyle bir satış ilişkisine giriyorsa bu durumda makinelerin düzgün bir şekilde çalışıp çalışmadığını kontrol etmeli ve üreticinin ürettiği makineleri ciddi bir denetimden geçirdiği hususunda alıcıya garanti vermelidir⁵².

Öğretide doğrudan zararı alıcının uğradığı fiili zararlar (*damnum emergens*) ile sınırlayan görüş, çoğu zaman yanıltıcı olduğu ve zarar verici olayla doğrudan ilişki halinde olmayan bazı zararlar hallerini de içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵³. Alıcının ayıplı bir otomobil satın alması örneğinde, ayıp sebebiyle kaza yapan alıcının bacağına kırması bir doğrudan zarar teşkil edecekken, şayet bütün fiili zararlar doğrudan zarar olarak nitelendirilirse doktorun tavsiyelerine uyarak hastanede yürümeye çalışan alıcının öteki bacağına da sakatlaması yine bir doğrudan zarar kalemi olarak kabul edilecektir. Ayıplı malın tesliminin doğrudan doğruya sonucu olmayan bir

⁴⁹ **Cavin**, *Considérations*, s. 334, 337; **Schneider, Fick**, s. 370, Art. 208, N. 4. Yazara göre söz konusu atıf aCO art. 241 hükmünde daha netti, zira bu hüküm dolaylı zararlar için genel hükümlerde borçlunun borcunu ifa etmemesinden dolayı sorumluluğunu düzenleyen aCO art. 116'ya (Bugünkü CO art. 97 ve TBK m. 112) doğrudan atıf yapmaktaydı. Aynı görüşte; **Von Tuhr**, s. 82; **Cuendet**, s. 70.

⁵⁰ **Engel**, s. 43.

⁵¹ **Cavin**, *Vente*, s. 70; **Engel**, s. 43.

⁵² Eski bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz: ATF 82 II 136, (çevrimiçi, www.swiss-lex.ch, 15.04.2018) Kararda İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü bir kişi tarafından imal edilmiş makinelerin satışında makinelerin ayıp ihtiva etmediği hususunda özen gösterilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra, bu özenin gösterilmemesi durumunda alıcının müşterilerinin azalması sebebiyle meydana gelen kar kayıplarının tazmininin satıcıdan istenebileceğine karar vermiştir.

⁵³ **Stanislas**, s. 142.

zarar kalemi, sırf fiili zarar olduğu için, dolaylı zarar niteliğinde olmasına rağmen doğrudan zarar hükümlerince kusursuz olarak tazmin edilecektir. Başka bir örnekte ayıplı bir tüp gaz satışında ayıp sebebiyle tüpün alev alması ve akabinde patlaması neticesinde alıcının evinin hasar görmesi, hem ayıplı malın tesliminin doğrudan sonucu hem de bir fiili zarar olması sebebiyle tartışmaya yol açmayacak şekilde CO art. 208/II kapsamında tazmin edilecektir. Ancak alıcının evinin hasar görmesi sebebiyle birkaç gün otelde kalmak zorunda olması durumunda ödediği otel masrafları ise ayıplı malın tesliminin doğrudan doğruya sonucu olmamasına rağmen fiili zarar teşkil ettiği gerekçesiyle yukarıda savunulan görüş çerçevesinde CO art. 208/II uyarınca tazmin edilecektir. Bu görüşe getirilen diğer bir eleştiri ise yoksun kalınan kârın doğrudan zarar kapsamında değerlendirilmemesinin sebebinin bu zarar çeşidinin dolaylı zarar niteliğinde olması değil, geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunmaması sebebiyle olumlu zararın CO art. 208 kapsamında tazmin edilememesi fikridir⁵⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki yeni eğilimler⁵⁵ sözleşmesel sorumluluk hukukunda söz konusu olabilecek bütün zararların müspet ve menfi zarar temeline yerleştirilmesinin mümkün olmayacağı yönünde gelişmektedir. Zira alacaklının hukuk düzeni tarafından mutlak olarak korunan kişi ve malvarlığı değerlerinin ne ifa menfaatiyle ne de sözleşmenin hüküm doğuracağına duyulan güvenle açıklanması söz konusu değildir “*Bütünlük menfaati*” olarak adlandırılan bu hukuki değerler, bedensel zararlar ya da ölüm halinde uğranılan zararlar gibi alacaklının kişi varlığı değerlerine dâhil olabileceği gibi, alacaklının sahip olduğu bir eşyada meydana gelen zararlar gibi alacaklının malvarlığı değerlerine de dâhil olabilir. Müspet ya da menfi zararın koruduğu alışveriş menfaati dışında alacaklının kişi varlığı ve malvarlığı değerlerini koruyan bütünlük menfaati, müspet ve menfi zarar kavramlarıyla çelişmemekte bu sebeple müspet ya da menfi zararın tazmininin istendiği hallerde birlikte talep edilebilmektedir⁵⁶. Bu sebeple bütünlük menfaatinin ihlal edildiği hallerde müspet ve menfi zarar ayrımı önemini yitirmekte ve bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan tazminat talebi hem müspet hem de menfi tazminat talebi ile birlikte ileri sürülebilmektedir. O halde menfi ve

⁵⁴ Stanislas, s. 143.

⁵⁵ Ergüne, s. 32.

⁵⁶ Ergüne, s. 35.

müspet zarar ayırımına dayanan bu görüş uyarınca ayıp sebebiyle meydana gelen bütünlük menfaati ihlalinin en elverişli hukuki imkânı sunan menfi zararın tazmini talebiyle birlikte ileri sürülmesi mümkündür.

B. Doğrudan ve Dolaylı Zararı Menfi Zarar Kavramı ile Açıklayan Görüş

Schönle'ye göre CO art. 208 (TBK m. 229) uyarınca fesih davasıyla ortadan kalkan bir sözleşme ilişkisi, geçersiz bir sözleşme ilişkisinde olduğu gibi taraflar açısından borçlandırııcı bir etki taşımaz⁵⁷. Bu sebeple sözleşme ilişkisinin ortadan kalktığı hallerde aynen ifa talep edilemeyeceği gibi sözleşme ilişkisinin ayakta tutulduğu varsayımına dayanan müspet zarar talebine de bu durumda yer olmayacaktır. Bu sebeple CO art. 208 hükmünün gerek ikinci fıkrasında öngörülen doğrudan zararın tazmini talebi, gerek üçüncü fıkrasında öngörülen dolaylı zararın tazmini talebi, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması ihtimalinde söz konusu olabileceği için ancak “*menfi zarar*” kapsamı dâhilinde değerlendirilebilecektir⁵⁸.

Her ne kadar “*de lege feranda*” yalnızca menfi zararları değil, aynı zamanda müspet zararları da içine alan bir sorumluluk rejimi öngörmek daha adil sonuçlara yol açacaksa da “*de lege lata*” CO art. 208/II (TBK m. 229/I b. 3) hükmünde öngörülen düzenlemenin CO art 205'te (TBK m. 227) öngörülen satış bedelinde indirim isteme veya CO art. 206'da (TBK m. 227) öngörülen satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme talepleriyle kıyaslandığında menfi zararları kapsadığı kabul edilmelidir⁵⁹. Ayrıca bir tür menfi zarar olarak değerlendirilen doğrudan zarar kavramı ise menfi zararın tamamını kapsamına almamakta, yalnızca onun bir bölümünü teşkil etmektedir⁶⁰. Belirtilmelidir ki bu durum, hâkime doğrudan zararın içeriğini tespit etmek bakımından sınırsız bir takdir yetkisi vermemektedir. Bu açıdan CO art. 208/II hükmü uyarınca doğrudan zarar kavramının kapsamı, özellikle nedensellik bağının yoğunluğu dikkate alınarak satılanın ayıplı olmasından ya da alıcı tarafından sözleşmede öngörülen ve alışlagelmiş normal

⁵⁷ Schönle, s. 483.

⁵⁸ Schönle, s. 483; aynı görüşte: Petitpierre, s. 331; Stanislas, s. 146.

⁵⁹ Schönle, s. 484; aynı görüşte: Oser, Schönenberger, Art. 195, N. 7; Cavin, Vente, s. 69; Engel, s. 31, 43.

⁶⁰ Schönle, s. 484.

kullanımından kaynaklanan⁶¹ menfi zarar kalemleri olarak nitelendirilme-
lidir. Bu sonuç, CO art. 208/II’de belirtilen “*ayıplı malın tesliminden doğan
doğrudan doğruya zarar*” kavramının, zarar verici fiil yani satılan ayıplı ma-
lın teslimi ile meydana gelen zarar arasında uygun bir nedensellik bağı yo-
ğunluğunun var olması gerektiği fikrini desteklemesinden doğmaktadır⁶².

CO art. 208/III’te (TBK m. 229/II) belirtilen dolaylı zarar kavramı ise,
nedensellik bağı zincirinin sonuna kadar yer alan, ayıptan ve satılanın nor-
mal kullanımından doğan zararlar dışında kalan diğer zarar verici filleri, za-
rara yol açan diğer dolaylı sebepleri, menfi zararın kapsamı dâhilinde oldu-
ğu müddetçe içine alan zarar kavramıdır⁶³. Söz konusu uygun nedensellik
bağı, halin mutat cereyanı ve hayat tecrübeleri dâhilinde söz konusu ayıbın
mevcut zararı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönünden bir değer-
lendirmeyi her olay bazında mecbur kılacaktır. Aksi halde satıcının kusuru
bulunsa bile zararı tazmin yükümlüğünün doğması mümkün değildir. O hal-
de bu görüşe göre dolaylı zararın tazmininden bahsedebilmek için öncelikle
menfi zarar kapsamında nitelendirilebilecek malvarlığında meydana gelmiş
olan bir azalma bulunmalıdır. Öte yandan malvarlığında meydana gelen bu
azalma, uygun nedensellik bağı çerçevesinde ve ayıplı malın ya da normal
kullanımının doğrudan sonucu olmayan bir fiil sebebiyle gerçekleştirmiş ol-
malıdır. Son olarak da CO art. 208/III’te belirtildiği üzere zarar verici fiilin
satıcının kusurundan ileri gelmesi gerekmektedir. Örneğin satıcı, ayıplı bir
otomobilin normal kullanımı sebebiyle meydana gelen bir kaza sonucu sa-
tıcının uğradığı bedensel ve maddi zararları ayıbın doğrudan sonucu olması
sebebiyle CO art. 208/II hükmü uyarınca kusursuz olsa bile karşılamak zo-
rundadır. Öte yandan bedensel bir zarara uğramış olan alıcının, hastaneye gi-
derken yolda kayması ve bacağına kırması sonucu bir zarara uğramış olması
ihtimalinde meydana gelen zararı satıcı, söz konusu zarar ile ayıplı malın
teslimi arasında uygun nedensellik bağı varsa tazmin yükümlülüğü altında

⁶¹ **Silvio Venturi, Marie-Noëlle Zen-Ruffinen**, Commentaire Romand: Code des Obligations
I Art. 1-529 CO, Editör: Luc Thévenoz, Franz Werro, 2ème Edition, Bâle, Helbing Lichten-
hahn, 2012, Art. 208, s. 1449, N. 11; **Franz Werro**, La responsabilité civile, avec la collobo-
ration d’Annick Actari, Sébastien Chaulmotet, Josiane Haas, Berne, Edition Stämpfli&Cie
SA, 2005, (“Responsabilité” şeklinde kısaltılmıştır.), s. 31; **Stanislas**, s. 139.

⁶² **Schönle**, s. 485; **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1449, N. 11; **Werro**,
Responsabilité, s. 31; **Stanislas**, s. 139.

⁶³ **Schönle**, s. 485.

olacak, ayrıca CO art. 208/III uyarınca ancak satıcı kusursuzluğunu ispat ederek söz konusu zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulacaktır. İşte bu durumda bir dolaylı zarardan bahsetmek mümkün olacaktır.

Belirtmek gerekir ki uygun nedensellik bağının alıcının ağır kusuru veya üçüncü bir kişinin kusuru sebebiyle kesildiği hallerde artık hayatın olağan akışı ve hayat tecrübeleri çerçevesinde uygun nedensellik bağının bulunduğu bahsedilemeyeceği için her ne kadar satıcı kusurlu da olsa dolaylı zarar kavramından bahsedilemeyeceği gibi tazmin yükümlülüğü de meydana gelmeyecektir⁶⁴. Diğer taraftan satıcının kusuru olmasa da doğrudan zararın tamamını tazmin yükümlülüğü her zaman mevcuttur. Bu durumda satış sürecindeki son satıcı, elde ettiği ufak menfaate karşılık CO art. 208/II ve TBK m. 229/I b. 3 uyarınca doğrudan zararın tümünü üstlenmek zorunda kalmakta; üretici veya ithalatçı ayıptan doğan objektif sorumluluk çerçevesinde herhangi bir tazmin yükümlülüğüne tabi tutulamamaktadır. Bu durumda “*de lege feranda*” son satıcının doğrudan zararın bir bölümü için sorumlu tutulmasının daha yerinde olacağı kabul edilmekte ve zararın kalan kısmının ise üretici ve ithalatçı gibi satış sürecinin diğer aktörleri arasında paylaştırılması gerektiği fikri savunulmaktadır⁶⁵. Zira çoğu zaman son satıcının satılanı aldığı üreticiye başvurma imkânı bulunmamakta, bu durum ise adalet ve hakkaniyet duygularını zedelemektedir.

Belirtmek gerekir ki bu görüşe göre fiili zararın (*damnum emergens*) genellikle ayıplı malın teslimi sonucunda ortaya çıkan menfi zarar kalemi olması sebebiyle doğrudan zarar kavramı ile özdeş tutulması genellikle doğru sonuç doğuracaksa da doğrudan zarar kavramının yalnızca fiili zarar kalemlerinden meydana geldiği her zaman söylenemeyecektir⁶⁶.

Yoksun kalınan kar kavramına gelinecek olursa yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) kavramının müspet ve menfi zarar açısından iki görünüm şekli

⁶⁴ Schönle, s. 465. Üçüncü bir kişinin veya zarar görenin davranışının uygun nedensellik bağını kaldırması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Werro, Responsabilité, s. 54 vd.; Cuendet, s. 130 vd.; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 123 vd.; Nomer, s. 167, N. 113; Tuba Akçura Karaman, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 269 vd.

⁶⁵ Schönle, s. 486; Petitpierre, s. 329.

⁶⁶ Schönle, s. 487; Aynı görüşte: ATF 79 II 376, p. 3, (çevrimiçi, www.servat.unibe.ch, 15.04.2018).

bulunmaktadır. Bu görüşe göre geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmış bir sözleşme ilişkisi borçlandırıcı etki taşımayacağı için, geçersiz bir sözleşme ilişkisine dayanarak CO art. 208/II ve III uyarınca sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sonucu malvarlığının aktifinde artma veya pasifinde azalma imkânının kaybedilmesi her ne kadar nedensellik bağının yoğunluğu uyarınca doğrudan zarar teşkil etse bile müspet zarar içinde değerlendirildiği için tazmin edilemeyecektir⁶⁷. Diğer taraftan yoksun kalınan kâr kavramı içinde değerlendirilen kaçırılan sözleşme yapma fırsatları ise menfi zarar kapsamında olduğu için CO art. 208 hükmü uyarınca tazmin edilebilecektir⁶⁸. Ancak belirtmek gerekir ki yoksun kalınan kar kavramının “*ayıplı malın tesliminden doğan doğrudan doğruya zarar*” kavramı içinde değerlendirilmesi genellikle mümkün olmayacağından, kaçırılan sözleşme yapma fırsatları olarak açıklanan yoksun kalınan kar kalemleri satıcının kusurunun bulunması şartıyla CO art. 208/III kapsamında tazmin edilebilecektir⁶⁹. Öte yandan satılndaki ayıp sebebiyle alıcının uğradığı geçici veya sürekli iş gücü kaybından doğan kazanç kaybı, malvarlığının aktifinde meydana gelen gerçek bir azalmayı yani bir fiili zararı (*damnum emergens*) ifade etmese de bir doğrudan zarar kalemi olarak kabul edilecektir⁷⁰. Zira kazanç kaybı sözleşmenin geçersiz olması sebebiyle uğranılan bir zarar kalemi olması sebebiyle hem menfi zarar kapsamına girmekte, hem de ayıptan ve ayıplı malın normal kullanımından kaynaklanması sebebiyle nedensellik bağının yoğunluğu ve şiddeti şartını da gerçekleştirmektedir.

Özetlemek gerekirse bu görüşe göre doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımı menfi zarar çatısı altında değerlendirilmekte ve ikisi arasındaki ayrım uygun nedensellik bağının yoğunluğuna ve şiddetine bağlı olarak zararın “*satılan maldaki ayıptan*” ya da “*onun normal kullanımından*” doğrudan doğruya kaynaklanıp kaynaklanmaması ekseninde yapılmaktadır. Bu sebeple bir za-

⁶⁷ Schönle, s. 487.

⁶⁸ Yoksun kalınan kâr (*kaçırılan sözleşme yapma fırsatı*) kavramını menfi zarar içinde değerlendiren 22.03.1974 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz: l’arrê Forzani c. Dame Palma, La Semaine Judiciaire, 1975, (çevrimiçi, www.swisslex.ch, 15.04.2018), s. 1 vd.; ATF 82 II 136, (çevrimiçi, www.swisslex.ch, 15.04.2018). Söz konusu kararda İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmenin yanılma veya aldatma sebebiyle geçersiz hale getirilmesi durumunda kaçırılan sözleşme yapma fırsatlarını menfi zarar içinde değerlendirmiş ve tazminine hükmetmiştir.

⁶⁹ Schönle, s. 488.

⁷⁰ Schönle, s. 487. Aynı görüşte: Stanislas, s. 144, 148.

rar kaleminin CO art. 208/II ve TBK m. 229/I b. 3 hükmü uyarınca doğrudan zarar kapsamında değerlendirilebilmesi için ilk olarak menfi zarar şartının, ikinci olarak ise uygun nedensellik bağının yoğunluğu ve şiddeti şartının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Petitpierre'e göre de doğrudan zarar kavramı ancak menfi zarar kapsamında değerlendirilebilir bir zarar kalemidir.⁷¹ Ayrıca yazara göre menfi zarar kapsamı dâhilinde olan bedensel zararlar ve alıcının diğer mallarına gelen zararlar doğrudan zarar olarak kabul edilmelidir⁷². Bu görüşe göre⁷³ kural olarak yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) içinde değerlendirilen zarar kalemlerin doğrudan zarar olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak bazı hallerde kazanç kaybı ile yoksun kalınan kâr kavramlarını birbirinden ayırt etmek oldukça zor olabilmekte, aynı zamanda yapılan bu ayırım keyfi sonuçlar doğurabilmektedir. Bu sebeple yazar, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 116 uyarınca yaptığı yorumda söz konusu hükmün getirdiği öngörülebilirlik esasına dayanan sorumluluk rejimi ışığında kazanç kayıplarının doğrudan zarar olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir⁷⁴. O halde bazı hallerde kazanç kaybı veya yoksun kalınan kâr kavramları arasında bir ayırım yapılmaksızın sorumluluk hukukunda kabul edilen genel prensiplerden hareket edilerek, uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı ilkesi doğrultusunda doğrudan zararın belirlenmesi gerekecektir. Bu durumda ister doğrudan, ister dolaylı zarar söz konusu olsun, ifa menfaatini hedef tutan müspet zarar kalemlerinin kural olarak CO art. 208 kapsamında talep edilebilmesi mümkün olmamalıdır. Ancak bazı hallerde yoksun kalınan kâr kapsamında değerlendirilen zarar kalemlerinin doğrudan zarar adı altında tazmini istisnaen mümkün olabilecektir. Yazar son olarak öğretide doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı için önerilen çözümlerin tatmin edici olmadığını ifade etmekte, kesin bir kriter getirmek yerine hakime bir zarar kaleminin nitelendirilmesi hususunda taktir yetkisi tanınması gerektiği yolunda görüş bildirmektedir⁷⁵.

⁷¹ **Petitpierre**, s. 331.

⁷² **Petitpierre**, s. 330-331; **Amaudruz**, s. 155-156.

⁷³ **Petitpierre**, s. 331.

⁷⁴ **Petitpierre**, s. 340. Aynı görüşte: **Cuendet**, s. 68.

⁷⁵ Yazar, görüşünü temellendirirken *Simonius*'a atıf yapmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bknz: **Petitpierre**, s. 331, dn. 7, s. 340.

C. Doğrudan ve Dolaylı Zararı Müspet Zarar Kavramı ile Açıklayan Görüş

Doktrinde savunulan istisnai bir görüşe göre doğrudan ve dolaylı zarar kavramlarının ikisi de müspet zarar niteliğindedir⁷⁶. *Becker*'e göre alıcının uğradığı doğrudan zararlar kapsamında müspet zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir⁷⁷. Ancak alıcının müspet zarar başlığı altında değerlendirilen doğrudan zararlarının kapsamına satılanın tekrar satılması sonucu elde edilecek olan kâr kayıpları girmeyecektir. Zira yoksun kanlın kâr (*lucrum cessans*) niteliğinde olan bu zarar esasen dolaylı zarar niteliğindedir. O halde bu görüşe göre alıcının uğradığı doğrudan zararların kapsamına müspet zarar niteliğindeki yoksun kalınan kâr sebebiyle uğranılan zararlar değil, müspet zarar niteliğindeki fiili zararlar (*damnum emergens*) girmektedir⁷⁸. Bu durumda satıcının kusursuz olduğunu ispat edemediği hallerde alıcının ifa menfaatine yönelik bütün müspet zararlarının karşılanması gerekmektedir⁷⁹. Örneğin satılan bir makinenin ayıplı olması halinde işletmenin durması sebebiyle çalıştırılmayan işçilerin ücretlerinin ödenmesi bir doğrudan zarar kalemi teşkil edecekken, işlemenin durması sebebiyle yoksun kalınan kâr bir dolaylı zarar kalemi olarak kabul edilecektir⁸⁰. Bu görüşe göre, borcun gereği gibi ifa edilememesinin satıcının kusurundan ileri geldiği hallerde kanun, satıcının yalnızca menfi zarar kapsamında değerlendirilen sözleşmenin kurulması masraflarına katlanmasını değil, satıcının sorumlu olduğu ve ifa menfaatine yönelen bütün zararların karşılanması gerektiğini öngörmektedir⁸¹. Sözleşme ilişkisinin sona ermesinin önemi ise satıcının

⁷⁶ **Becker**, m. 195, s. 63, N. 1.

⁷⁷ **Becker**, m. 205, s. 65, N. 6.

⁷⁸ Bu görüş hakkında bilgi için bknz: **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1449, N. 10; **Stanislas**, s. 141; **Çiğdem Kırcı**, "Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 441. *Becker* doğrudan zararın müspet zarar niteliğinde olduğunu savunmakla birlikte, doğrudan zarar kapsamında yazarın verdiği örneklerden bazıları (*gümrük ve yükleme masrafları, taşımacılık ücretleri, ardiye ücreti vb.*) menfi zarar kapsamına girmektedir. Bknz: **Becker**, m. 208, s. 128, N. 5; m. 195, s. 65, N. 6.

⁷⁹ **Becker**, m. 195, s. 63, N. 1.

⁸⁰ **Becker**, m. 208, s. 128, N. 5; **Amaudruz**, s. 154.

⁸¹ **Becker**, m. 195, s. 63, N. 1. *Schönle*, *Becker* tarafından savunulan bu görüşü oldukça eleştirerek yazarın, alıcının sözleşmeden dönmesi ve bunun üzerine sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi ihtimalinde sahip olacağı ekonomik durumun sağlanması (müspet zararın

satış bedelini elinde tutmasını gerektirecek hukuki bir neden kalmaması sebebiyle satış bedelinin alıcıya iade edilmesinin sağlanmasıdır⁸².

D. Doğrudan ve Dolaylı Zararı Nedensellik Bağı ile Açıklayan Görüş

Günümüzde İsviçre öğretisinde baskın olan ve Türk öğretisinde de güçlü bir şekilde savunulan görüş, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının ayıp ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağının yoğunluğuna göre tayin edilmesi gerektiği yönünde gelişmiştir⁸³. Aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere İsviçre Federal Mahkemesi de son kararında önüne gelen uyuşmazlığı öğretideki baskın görüş uyarınca çözümlemiştir⁸⁴. Bu görüşe göre, bir zarar kaleminin doğrudan zarar uyarınca objektif sorumluluk rejimine mi yoksa dolaylı zarar uyarınca kusur sorumluluğu rejimine mi tabi olacağı hususu

tazmini) talepleri arasındaki çelişkiyi görmezden geldiğini kanımızca haklı olarak savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Schönle**, s. 483.

⁸² **Becker**, m. 195, s. 63, N. 1.

⁸³ **Cuendet**, s. 68; **Stanislas**, s. 139; **Amaudruz**, s. 154; **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1449, N. 10; **Werro**, Responsabilité, s. 31; **Pierre Tercier, Laurent Bieri, Blaise Carron**, Les contrats spéciaux, 5ème édition, Zürich, Schulthess Verlag Editions Roman-des, 2016, s. 112; **Pascal Pichonnaz, Franz Werro**, “La jurisprudence mise en lumière”, La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats, Fribourg, Schulthess Editions Romandes, 2009, s. 155; **Rona Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm: Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, (Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak baysal, Kerem Cem Şanlı), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 218 vd.; **Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 101; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 145; **Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 147; **Fadıl Yıldırım, Veyssel Başpınar**, “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 1113 vd.; **Ergüne**, s. 66, 67. Ayrıca bkz.: **Shönle**, s. 484: Yazar nedensellik bağının yoğunluğuna göre yapılacak olan ayrımı kabul etmekle birlikte, hem doğrudan hem dolaylı zararın ancak menfi zarar kapsamında açıklanabileceğini savunmaktadır.

⁸⁴ **Tercier**, s. 295; **Franz Werro**, “La vente dans la jurisprudence récente”, La pratique contractuelle actualité et perspectives: Syposium en droit des contrats, (Editör: Franz Werro, Pascal Pichonnaz), Genève, Schulthess Editions Romandes, 2009, (“La vente” şeklinde kısaltılmıştır.), s. 5; ATF 133 III 257. Karar için bkz.: La Semaine Judiciaire, Çev. Cédric Remund, 2007, 28.11.2006, s. 461-472; **Werro, Hurni**, s. 543;

zarar verici olay ile bu olayın neticesinde meydana gelen zarar arasındaki nedensellik bağının yoğunluğu ve şiddetine göre tespit edilecektir⁸⁵. Zarar doğrudan doğruya ayıplı malın kendisinden veya onun mutata kullanımından kaynaklanıyorsa doğrudan zarar; eğer başka olayların veya zarar sebeplerinin araya girmesi ya da nedensellik çizgisine eklenmesi neticesinde bir zarar meydana geliyorsa dolaylı zarar olarak nitelendirilecektir⁸⁶. O halde doğrudan zarar⁸⁷ nedensellik çizgisi dâhilinde ayıplı malın tesliminin ve onun olağan kullanımının ilk ve en yakın sonucu olmakta, bu tanım araya giren başka nedenlerin varlığı halinde ortaya çıkan zarar kalemlerini dışlamaktadır⁸⁸. Bu açıdan satın alınan bir papağandan diğer sürüye yayılan bir hastalık, çamaşır makinesinin kaçıracağı suyun parkelere zarar vermesi, satın alınan bir ineğin taşıdığı virüsün diğer inekleri öldürmesi, satın alınan ahşap bir antika eserden alıcının diğer eserlerine tahtakurularının yayılması, bir yüz kreminin yüzde yol açtığı tahriş veya bir fritözün patlaması sonucu mutfağın zarar görmesi⁸⁹, beden bütünlüğünün ihlalinde ortaya çıkan sağlık masrafları⁹⁰ verilebilecek örnekler arasındadır⁹¹. Ayrıca meydana gelen zarar, ayıplı malın sözleşmede öngörülen ve alışılacelmiş normal kullanımından kaynaklanması halinde bu husus başka bir sebep olarak nitelendirilme-

⁸⁵ Cuendet, s. 68, 69; Venturi, Zen- Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1449, N. 11; Werro, Responsabilité, s. 31; Stanislas, s. 139; Amaudruz, s. 154; Henri Deschenaux, Pierre Tercier, La responsabilité civile, 2ème édition, Bern, Edition Saempfli&Cie SA, 1982, s. 51; Pichonnaz, Werro, s. 155; Serozan, s. 218; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 101; Eren, s. 145; Aral, Ayrancı, s. 147; Yıldırım, Başpınar, s. 1113; Ergüne, s. 66, 67; ATF 133 III 257. Ayrıca bkzn.: Deschenaux, Tercier, s. 51. Deschenaux ve Tercier doğrudan zarar kavramının haksız fiil sorumluluğunu da içine alan iki anlamı olduğu üzerinde durmaktadır.

⁸⁶ Venturi, Zen- Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1449, N. 11; Werro, Responsabilité, s. 31, 32; Deschenaux, Tercier, s. 51; Stanislas, s. 139; Amaudruz, s. 154; Pichonnaz, Werro, s. 155; Pichonnaz, Werro, s. 155; Serozan, s. 219; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 101; Eren, s. 145; Aral, Ayrancı, s. 147; Yıldırım, Başpınar, s. 1113; Ergüne, s. 66, 67; ATF 133 III 257.

⁸⁷ Bu görüş uyarınca doğrudan zarar öğretide “ayıp zararı, cevher zarar, alışveriş çıkarının kaybı” olarak da adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkzn: Serozan, s. 219, 220; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 101.

⁸⁸ Venturi, Zen- Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1449, N. 11; Werro, Responsabilité, s. 31, 32; Deschenaux, Tercier, s. 51; Stanislas, s. 139; Amaudruz, s. 154; Pichonnaz, Werro, s. 155; Eren, s. 145; Aral, Ayrancı, s. 147; Yıldırım, Başpınar, s. 1113; Ergüne, s. 66,67; ATF 133 III 257.

⁸⁹ Amaudruz, s. 156.

⁹⁰ Werro, Responsabilité, s. 32; Stanislas, s. 139.

⁹¹ ATF 133 III 257, p. 252 ve orada anılan yazarlar.

mekte ve doğrudan zarar olarak kabul edilmektedir⁹². Bu gibi hallerde satıcı alıcının zararını kendi kusurundan bağımsız olarak tazmin etmek zorundadır ancak alıcının müterafik (*ortak*) kusurunun bulunduğu hallerde bu durum tazminatın belirlenmesi aşamasında tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilecektir⁹³. Öte taraftan malda meydana gelen değer azalması doğrudan zarar olarak nitelendirilmemektedir⁹⁴. Zira alıcı ayıplı malı teslim ederek ödediği satış bedelini faiziyle beraber geri alınca malda meydana gelen değer azalmasına satıcı katlanmış olmaktadır.

CO art 208/II ve TBK m. 229/I b. 3 hükmü kapsamına girmeyen ancak uygun nedensellik bağı içinde değerlendirilen diğer tüm zararlar dolaylı zarar olarak adlandırılmakta⁹⁵ ve ancak kusur sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilebilmekte, satıcının kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda alıcının herhangi bir tazminat talebi söz konusu olmamaktadır. CO art. 208/III ve TBK m. 229/II kapsamında dolaylı zarar, ayıplı malın tesliminden doğan doğrudan doğruya zarar değil, başka sebeplerin ve olayların nedensellik çizgisine katılması ve eklenmesi sonucunda meydana gelen zarardır⁹⁶. Ancak belirtilmelidir ki bu durumda da zarar kaynağını malın ayıplı olmasında bulmakta, ancak zararı meydana getiren bu sebep dolaylı olarak gerçekleşmektedir⁹⁷. Dolaylı zarardan bahsedebilmek için öncelikle zarar verici olay ile zarar arasında nedensellik bağı daima mevcut olmalı, nedensellik bağı mücbir sebep, beklenmeyen hal, alıcının veya üçüncü bir kişinin kusuru sebebiyle kesilmemiş olmalıdır⁹⁸. Dolaylı zararın uygun nedensellik bağının

⁹² Venturi, Zen- Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1449, N. 11; Stanislas, s. 139; Amaudruz, s. 154.

⁹³ Stanislas, s. 140, dn. 22; Oğuzman, Öz, Cilt II, s. 123; Nomer, s. 176, N. 117.15; Akçura Karaman, s. 265; Yargıtay 4. HD, T. 26.05.2015, E. 2015/3587, K. 2015/9501, YKD 2015/1, s. 2299. Söz konusu durumlarda müterafik kusurun tazminattan indirim sebebi sayılmayacağı hakkında bkzn.: Cavin, Considérations, s. 330.

⁹⁴ Tercier, Bieri, Carron, s. 112.

⁹⁵ Bu görüş uyarınca dolaylı zarar öğretide “*refakat zararı, sonuç zararı, ayıp sonucu zarar ya da uzak zarar*” olarak da adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkzn.: Serozan, s. 220; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 101; Ergüne, s. 67.

⁹⁶ Cuendet, s. 68; Venturi, Zen- Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1451, N. 16; Werro, Responsabilité, s. 32, Tercier, Bieri, Carron, s. 112; Pichonnaz, Werro, s. 155; Eren, s. 145; Aral, Ayrancı, s. 147; Yıldırım, Başpınar, s. 1113; Ergüne, s. 66, 67; ATF 133 III 257.

⁹⁷ Venturi, Zen- Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1451, N. 16; Stanislas, s. 139.

⁹⁸ Cuendet, s. 130 vd.; Stanislas, s. 139; Werro, Responsabilité, s. 54 vd. Ayrıca bakınız dn. 62 ve orada anılan yazarlar.

yoğunluğuna ve uzunluğuna göre nitelendirilmesi, zarar verici olay ve zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmaması açısından bir incelemeyi her zaman zorunlu kılmaktadır. Örneğin çamaşır makinesinden sızan suyun elektrik tesisatını bozması sonucu yangın çıkması durumunda meydana gelen zarar dolaylı zarar olarak nitelendirilecektir⁹⁹.

Satıcı şayet sözleşme kurulduğu anda satılanın ayıplı olduğunu biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa ya da ayıbın sözleşmenin kurulması sırada mevcut olduğunu biliyor ve hasarın alıcıya geçmesiyle ortaya çıkacağını öngörebiliyorsa bu durumda kusurlu olarak addedilebilecektir¹⁰⁰. Ayrıca satıcının sözleşme öncesinde veya sözleşme uyarınca aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda da kusurlu olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹. Satıcının kusurlu olduğunu gösteren bir diğer bir durum satıcının denetim ve kontrol yükümlülüklerine aykırı davranması durumudur. Özellikle satıcının üretici değil bir perakendeci olduğu durumlarda hangi hal ve şartlarda satılanı ayıplı olarak teslim etmekte kusurlu addedileceğinin belirlenmesi çeşitli zorluklar ihtiva etmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki satıcı, satılanı alıcıya teslim etmeden önce sözleşmede belirlenen ya da objektif olarak alıcının ondan beklediği niteliklere sahip olup olmadığını kontrol etmelidir¹⁰². Aksi halde ayıp dolayısıyla doğan zararlardan ötürü kusursuzluğunu ispatlaması mümkün olmayacaktır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, daha sonra bu denetim yükümlülüğünün satılanın kontrol edilebilir ve görünür niteliklerini kapsadığını ve özellikle piyasaya yeni sürülen ürünlerin bazı riskleri bünyesinde barındırdığını ifade etmiş, söz konusu yükümlülüğün sınırlarını ortaya koymuştur¹⁰³. Ancak daha sonra Federal Mahkeme bu kriteri uygulamayarak, kendisi üretmemiş olsa bile satıcının satılana mevcut bir tehlikenin

⁹⁹ Pichonnaz, Werro, s. 155.

¹⁰⁰ Stanislas, s. 145; ATF 107 II 167, p. 7b, (çevrimiçi, www.swisslex.ch, 15.04.2018): Söz konusu olayda bakım eksikliği bir ayıp olarak nitelendirilmiş olup satıcının bir kusuru bulunmadığı ifade edilmiştir. Ancak sözleşmenin kurulması sırasında satıcının bakım eksikliği konusunda alıcıyı bilgilendirmemesi bir kusur olarak nitelendirilmiştir.

¹⁰¹ Venturi, Zen- Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1451, N. 17.

¹⁰² ATF 82 II 138, (çevrimiçi, www.swisslex.ch, 15.04.2018).

¹⁰³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 14.04.1985 tarihli kararı, JdT 1986 I 571, p. 3d, (çevrimiçi, www.swisslex.ch, 15.04.2018). Federal Mahkeme, kararda piyasaya sürülen yeni ürünlerin bazı görünür niteliklerinin ve kontrol edilebilir özelliklerinin denetime tabi tutulması gerektiğini belirtmiş ve bu denetimin ticari hayatın gereklerine ve doğasına uygun bir şekilde ve satıcının formasyonu doğrultusunda yapılması gerektiğini belirtmiştir.

bulunup bulunmadığını kontrol etme, bu sebeple satılanı detaylı bir kontrole tabi tutma ve muhtemel gizli ayıpları alıcıya bildirme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir¹⁰⁴. Satıcının mümkün olabilecek bütün tehlikeleri kontrol etme ve bütün muhtemel ayıpları alıcıya bildirme yükümlülüğünün bulunduğu kabulü, doktrinde satıcının sorumluluğunun aşırı bir şekilde genişletilmiş olması sebebiyle eleştirilmiştir¹⁰⁵. Ancak birçok durumda teslim edilen malların sıradan bir incelemeye tabi tutulması, satıcının satılanı ayıplı bir şekilde teslim etmekte kusurlu olduğunu gösterecektir¹⁰⁶.

Satıcının hayatın normal akışına ve durumun özelliklerine göre yeterli dikkat ve özeni gösterdiği ve alıcının satılanı sözleşmede kararlaştırılan ya da alışlagelmiş kullanımı sonucu zarar görmeyeceği yönünde bir meşru kanaate vardığı durumlarda satıcı kusurlu olarak addedilemeyecektir¹⁰⁷. Kontrol ve denetim yükümlülüğünün menfaatler dengesine aykırı bir şekilde geniş yorumlanması, satıcının kusura dayalı sorumluluk rejiminin sınırlarından çıkarılarak yorum yoluyla bir objektif sorumluluk rejimine doğru itilmesi sonucunu doğurmamalıdır.

Kasten ya da ihmali sebebiyle dolaylı zararlardan sorumlu olan kişinin tazminat yükümlülüğü CO art. 99/III ve TBK m. 114/II hükmünün yaptığı atıf uyarınca CO art. 43, 44 ve TBK m. 51, 52 hükümlerine göre özellikle satıcının kusuru göz önünde bulundurularak belirlenecektir. Ayrıca taraflar arasında bir sorumsuzluk anlaşması akdedilmiş olması ihtimalinde satıcı satılanı ayıplı olarak teslim etmekte hafif kusurlu ise CO art. 100 ve TBK m. 115 uyarınca ayıptan sorumlu olmayacaktır meğerki satıcı kanunun veya yetkili makamların verdiği izinle uzmanlığı gerektiren bir faaliyet yürütüyor olsun.

Belirtmek gerekir ki doğrudan zarar ile dolaylı zarar arasındaki ayrımın söz konusu olduğu hallerde İsviçre öğretisinde hâkimin takdir yetkisini kullanması gerektiği fikri de ifade edilmektedir¹⁰⁸. Hatta söz konusu ayrımın sadece hâkimin takdir yetkisine dayanılarak hakkaniyete uygun bir şekilde

¹⁰⁴ ATF 121 IV 10, p. 3a, (çevrimiçi, www.swisslex.ch, 15.04.2018).

¹⁰⁵ **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1452, N. 18.

¹⁰⁶ **Stanislas**, s. 145.

¹⁰⁷ **Amaudruz**, s. 158.

¹⁰⁸ **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1449, 1450, N. 11; **Tercier, Bieri, Carron**, s. 112, **Petitpierre**, s. 338-340. *Petitpierre*'e göre öğretide ileri sürülen görüşlerin hiçbirisi mevcut soruna tatmin edici bir yanıt vermemekte, bu durumda ise hâkimin takdir yetkisi önem kazanmaktadır. Bknz.: **Petitpierre**, s. 338-340.

hâkimin kendisi tarafından yapılması gerektiği fikri dahi öğretilerde savunulmuştur¹⁰⁹. Oysa temyiz merci –İsviçre Federal Mahkemesi veya Yargıtay– alt derece mahkemelerinin verdiği kararlara, ancak öğreti ve uygulamada kabul edilen temel prensiplere aykırıysa, kararı etkilememesi gereken bir vakıya dayanılarak hüküm kurulmuş veya inceleme yapılmışsa ya da kararı etkileyebilecek bir vakıa hiç ele alınmaksızın karar verilmişse müdahil olabilmekte; ancak açık bir hukuka aykırılık varsa temyiz incelemesini gerçekleştirmektedir¹¹⁰.

Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının menfi ve müspet zarar ayrımına göre değil nedensellik bağının yoğunluğuna göre yapılması gerektiğini savunan yazarlardan *Stanislas*’a göre bir zarar ister doğrudan zarar ister dolaylı zarar kapsamında nitelendirilsin sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması durumu, alıcının müspet zararının tazmini yönündeki taleplerine cevaz vermemelidir¹¹¹. Sözleşmesel sorumluluk kapsamındaki bütün tazminat talepleri borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi temeli üzerine kurulu olup sözleşmeden dönme de borcun ifa edilmemesinin yaptırımlarından biridir. Ancak kanımızca da isabetli olarak yazar, alıcının tazminat taleplerinin yarattığı hukuki durum ile de uyumlu olması gerektiğini ifade etmektedir¹¹². Alıcı sözleşmeden dönerek ortaya koyduğu irade beyanı ile kanunen sınırları belirlenmiş bir hukuki durum yaratmak istemekte, bunun sonucu olarak da sözleşmeden dönme ile beraber ifa menfaatini hedef tutan müspet zararının tazmini talebi, ortaya koyduğu irade beyanı ile kabul edilemez bir tezat teşkil etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin eski içtihatlarını ve doktrinde doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını menfi ve müspet zarar ayrımına dayandıran görüşü eleştiren yazar, menfi ve müspet zarar taleplerinin bir arada ileri sürülebilmesini kanunun sistematığına aykırı bulmaktadır¹¹³. Bu durumda müspet zararının tazmin edilmesini isteyen alıcı, sözleşme ilişkisini ayakta tutarak CO art. 97 (TBK m. 112) uyarınca genel

¹⁰⁹ *Simonius*’a ait söz konusu bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **Petitpierre**, s. 330 331; **Stanislas**, s. 137 vd.

¹¹⁰ ATF 133 III 257, p. 3.2.

¹¹¹ **Stanislas**, s. 141, 146, 147. Aynı görüşte: **Schönle**, s. 483; **Petitpierre**, s. 331. Belirtmek gerekir ki *Stanislas*, esasen *Schönle* tarafından savunulan görüşe yakın yakın bir görüşü savunsada doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının nedensellik bağının yoğunluğuna göre yapılması gerektiğini belirtmesi açısından bu başlık içinde ele alınmıştır.

¹¹² **Stanislas**, s. 146.

¹¹³ **Stanislas**, s. 147. Aynı görüşte: **Schönle**, s. 483 vd.

hükümlere göre ayıplı ifa sonucu karşılanamayan ifa menfaatinin sağlanmasını talep etmelidir. Yazara göre CO art. 208/III (TBK m. 229/II), sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını genel olarak düzenleyen CO art. 97 (TBK m. 112)'ye göre "*lex specialis*" sayılmamalıdır¹¹⁴. Zira CO art. 97, sözleşme ilişkisinin ayakta tutularak borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini hedeflemekte, buna karşılık CO art. 208/III sözleşme ilişkisinin korunmasının değil sözleşmeden dönülerek sona erdirilmesinin sonuçlarını düzenlemektedir. Sonuç olarak borcun ifa edilmemesinin çeşitli yaptırımlarını düzenleyen bu iki madde birbirini kesin olarak dışlamaktadır. Bu sebeple, CO art. 208/III hükmünün sözleşmesel sorumluluk rejiminde genel prensibi düzenleyen CO art. 97 hükmüne atıf yaptığını düşünmek, oldukça yanıltıcı olacaktır¹¹⁵. Öte yandan alıcı, geçersiz hale gelen sözleşme ilişkisi dolayısıyla kaçırdığı daha uygun şartlarda sözleşme yapma fırsatı sebebiyle uğradığı zararı menfi zarar niteliğinde olması nedeniyle dolaylı zarar kapsamında talep edebilecektir. Zira bu hallerde kaçırılan sözleşme yapma fırsatları araya giren başka olaylar sebebiyle doğrudan zarar kapsamında değerlendirilemeyecektir¹¹⁶. Alıcının satın aldığı malın ayıplı olması sebebiyle bedensel zarar gördüğü ve bu sebeple kazanç kayıplarına uğradığı hallerde ise yazara göre bu durum bir fiili zarar teşkil etmekte ve söz konusu fiili zarar, zarar verici olayla doğrudan ilişki içinde olmakta, bu sebeple de kazanç kayıpları doğrudan zarar niteliği taşımaktadır¹¹⁷.

Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının nedensellik bağının yoğunluğuna göre yapılmasını savunan yazarlardan *Serozan*'a göre doğrudan zarar kavramına harç ve vergiler, taşıma masrafları ya da onarım giderleri gibi "*nedensellik bağıyla düşümlenmiş olan cevher zararlar*" girmektedir¹¹⁸. Dolaylı

¹¹⁴ Stanislas, s. 147.

¹¹⁵ Stanislas, s. 147. Karşı görüşte: Cavin, *Considérations*, s. 330.

¹¹⁶ Stanislas, s. 148.

¹¹⁷ Stanislas, s. 144, 148. Yazara göre nedensellik bağının yoğunluğuna göre yapılan değerlendirme neticesinde kazanç kayıplarının zarar verici fiilin uzak sonucu olması sebebiyle dolaylı zarar olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak bu durum yazara göre hakkaniyete uymayan sonuçlar doğuracağından kazanç kayıplarının doğrudan zarar kapsamında değerlendirilmemesi hukuken savunulamayacak sonuçlar meydana getirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Stanislas, s. 143 vd.

¹¹⁸ Serozan, s. 218 vd.; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 101. Aynı görüşte: Nalan Kahveci, *Taşınır Satımında Ayıplı mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 280 vd.

zarar kapsamına ise satılan maldaki ayıpla doğrudan ilgisi olmayıp bu maldaki ayıp dolayısıyla uğranılan zararlar, kişisel tedavi masrafları şeklinde gerçekleşebilen bütünlük çıkarları ya da kâr kayıpları gibi “*nedenselliği gevşek, uzak refakat zararları yani yoksun kalınan kazanç (lucrum cessans)*” girmektedir¹¹⁹. Bu açıdan bakıldığında yazar, doğrudan zarar kavramını menfi zarara dâhil olan bazı unsurlarla açıklarken, dolaylı zarar kapsamına yoksun kalınan kâr gibi müspet zarar unsurlarını dâhil etmektedir.

Nedensellik bağının yoğunluğunu esas alarak gerçekleştirilen mevcut ayırım, doktrinde belirsizlik yaratması sebebiyle hukuki güvenliğe zarar verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²⁰. Özellikle ayıplı mal sebebiyle meydana gelen kazanç kayıplarının nedensellik çizgisinde alıcının ayıplı mal sebebiyle diğer mallarının zarar görmesi ihtimalinden çok da uzakta yer almadığı ifade edilmiştir. Bu sebeple İsviçre öğretisinde bazı yazarlar, alıcının ayıplı mal sebebiyle diğer mallarının zarar gördüğü durumlarda olabildiğince CO art. 97’de (TBK m. 112) ifade edilen genel prensibin uygulanması ve zarar kalemlerinin kusura dayanan sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²¹.

Ayrıca İsviçre öğretinde baskın görüş CO art. 208/II (TBK m. 229/I b. 3) hükmünün kıyas yoluyla alıcının bedel indirimi veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarını kullanması durumunda da uygulanabileceği, böylece alıcının ayıp sebebiyle doğrudan doğruya bir zarara uğraması durumunda da objektif sorumluluk esasından istifade edebileceği ifade edilmektedir¹²². Zira ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin özel olarak düzenlenmesindeki temel amaç, alıcının korunması olup, sözleşmeden

¹¹⁹ Serozan, s. 220; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 101.

¹²⁰ Venturi, Zen- Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1450, N. 12.

¹²¹ Bu eleştirinin “*de lege feranda*” yerinde olduğu görüşünde: Venturi, Zen- Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1450, N. 12.

¹²² Petitpierre, s. 332; Stanislas, s. 149 vd.; Cavin, Considérations, s. 336; Amaudruz, s. 157; Venturi, Zen-Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1450, N. 1, Tunçomağ, s. 173, 181; Feyzi-oğlu, s. 296, Tandoğan, s. 199; Ergüne, s. 67. Karşı görüşte Pichonnaz, Werro, s. 155. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi bu talepleri kabul etmemektedir. Bu durumda satıcının kusuru bulunmadığını düşünen alıcının sözleşmeyi sona erdirerek CO art. 208/II’ye göre doğrudan zararını talep etmesi gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin ilgili kararları için bkz.: ATF 133 III 335, p. 2.4, (çevrimiçi, www.swisslex.ch, 15.04.2018); ATF 107 II 161, p. 7a, (çevrimiçi, www.swisslex.ch, 15.04.2018); ATF 63 II 401, p. 3, (çevrimiçi, www.swisslex.ch, 15.04.2018).

dönme de alıcıyı koruyan bir mekanizma öngörmektedir. Sözleşmeden dönmenin yanında öngörülmüş olan diğer imkânların seçilmesi halinde de alıcının aynı derecede korunması ve satıcının kusursuzluğunu ispatlaması tehlikesine mahal bırakmadan ayıplı malın teslimi sebebiyle doğrudan doğruya meydana gelen zararın tazminini isteyebilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²³. Zira doğrudan zararlar için öngörülen objektif sorumluluk esasının “*dönmenin sonuçları*” başlığı altında değil “*ayıp sebebiyle satıcının garanti borcu*” başlığı altına bulunması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁴.

III. TÜRK VE İSVİÇRE UYGULAMASINDA DOĞRUDAN VE DOLAYLI ZARAR AYIRIMI

A. Türk Uygulamasında Doğrudan ve Dolaylı Zarar Sorunu

Yargıtay, 1984 yılında verdiği bir kararda¹²⁵ doğrudan ve dolaylı zarar ayırımını menfi ve müspet zarar ayırımına dayandırmıştır. Alıcının doğrudan zararının satıcının hiçbir kusuru olmasa bile satıcı tarafından tazmin edilmesi gerektiğini belirten Yüksek Mahkeme söz konusu doğrudan zarar kalemlerinin menfi zararlarla sınırlı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kararda alıcının yoksun kaldığı kârı ve uğradığı müspet zararları talep etmesi için satıcının kusurlu olması gerektiği vurgulanmış, esasen dolaylı zarar kavramının müspet zarar kavramına karşılık geldiği belirtilmiştir. Karara konu olan olayda davacı alıcı, satın aldığı hibrit karpuz tohumlarının çabuk dejenere olduğu ve yapay döllemeye müsait olmadığı gerekçesiyle ayıplı olduğunu iddia etmiş ve bu sebeple yoksun kaldığı kârı (*lucrum cessans*) ve uğradığı gelir kaybını

¹²³ Petitpierre, s. 332, 333; Cavin, Considération, s. 336; Amaudruz, s. 157; Venturi, Zen-Ruffinen, CR CO I, Art. 208, s. 1450, 1451, N. 13.

¹²⁴ Petitpierre, s. 333.

¹²⁵ Yargıtay 13. HD, T. 10.2.1984, E. 1983/7517, K. 1984/968, YKD 1984/10, s. 1538: “...Bu durumda davalının davacıya sattığı tohumların ayıplı olduğu, ancak davalının bu durumu bilmediği kabul edilmelidir. BK.nun 205. maddesinin 2. fıkrası uyarınca satıcının hiçbir kusuru bulunmasa dahi ayıplı mal satmış olmasından dolayı alıcıya karşı sorumludur. Ancak bu sorumluluk yapılan masraflar ve menfi (olumsuz) zararlarla sınırlıdır. Davacının müspet zararını, yani kar yoksunluğunu da talep edebilmesi için aynı maddenin son fıkrası uyarınca satıcının kusurlu olması, yani sattığı malın ayıplı olduğunu bilmesi veya bilecek durumda olması gerekir. Olayda davalının sattığı tohumların bozuk olduğunu bilmediği ve bilecek durumda olmadığı tesbit edilmiş bulunmaktadır. BK.nun 205. maddesine göre davalının sadece davacının yapmış olduğu giderlerden sorumlu tutulması, gelir kaybından sorumlu tutulmaması gerekir...”

satıcı davalıdan talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, yoksun kalınan kâr kalemlerinin müspet zarar teşkil ettiği ve dolaylı zarar kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğinden hareketle, söz konusu zararın tazmin edilmesi için eBK m. 205/III hükmü uyarınca satıcının kusurlu olması gerektiğini vurgulamıştır. Satıcının kusurlu olması durumu kararda “*satılanın ayıplı olduğunu bilme veya bilmesi gerekme*” şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay, doğrudan ve dolaylı zarar kavramlarını kanunun kabul ettiği menfi ve müspet zarar ayrımı çerçevesinde değerlendirmiş ve alıcının yoksun kaldığı kâr kalemlerinin dolaylı zarar kavramına dahi olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay 1990 tarihinde verdiği bir kararda¹²⁶ ise önceki içtihadını sürdürerek alıcının uğradığı doğrudan zararın menfi zararı karşıladığını, doğrudan zarar dışındaki diğer (*dolaylı*) zararların ise yoksun kalınan kâr kalemleri gibi müspet zararın karşılığı olduğunu belirtmiştir. Karara konu olan olayda davacı alıcı bir fotokopi makinesi almış, karşılığında ise satış bedeline ek olarak eski fotokopi makinesini vermiştir¹²⁷. Daha sonra satın alınan fotokopi makinesinin ayıplı olması sebebiyle makine arızalanmıştır. Yargıtay, makinenin arızalanması sebebiyle çalışmadığı süre içinde işlerin başka yerde yapılması sebebiyle alıcının uğradığı zararları doğrudan zarar olarak nitelemiş ve bu sebeple zararın tazmini için satıcının kusurlu olmasını aran-

¹²⁶ Yargıtay 13. HD, T. 6.12.1990, E. 1990/4611, K. 1990/8265, (çevrimiçi, kazancı, 15.04.2018): “...Satıcı bunlardan başka alıcıya ayıplı mal teslim etmesinden doğrudan doğruya tevellüt etmiş olan zararı da ayrıca tazmin etmeye mecburdur. Satıcı, kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer her türlü zararlarını tazmin etmeye mecburdur. Buradaki zarar Dairemizin uygulamalarında ve kararlarında ifade edildiği gibi uygun bir tazminat bu olumsuz zararın karşılığıdır. Bu da makineyi çalıştıramadığı sürede gelen işler başka yerde yaptırmasından dolayı fazladan ödemek zorunda olduğu tutardır. Dairemizin Yargıtay Kararları Dergisini cilt 10, sayfa 1538 de yayımlanan 10.2.1984 gün 1983/7517 Esas 1984/968 sayılı kararında belirtildiği gibi alıcı davacının müsbet zararını kar yoksunluğunu) isteyebilmesi için satıcının sattığı malı ayıplı olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir. Bir başka deyişle davalı satıcı kusurlu olmalıdır...”

¹²⁷ Belirtmek gerekir ki esasen bu durumda bir satım sözleşmesinin bulunup bulunmadığı tartışma konusudur. Zira mevcut olayda tipik bir sözleşme olan satış sözleşmesine karşı edim olarak ikinci derecede başka bir edim eklenmekte ve bu açıdan söz konusu sözleşme aynı zamanda trampa (mal değişim) sözleşmesinin unsurunu taşır hale gelmektedir. Ancak Yargıtay olayda eski fotokopi makinesinin satıcıya teslimini ikinci derecede bir karşı edim olarak görmüş ve sözleşmenin tipini değiştirmedikçe düşünmüş olacak ki kararda bir karma sözleşmenin bulunup bulunmadığı tartışmasına yer vermemiştir. Konuyla ilgili tartışmalar için bknz: **Cevdet Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, (Yayına Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), 10. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014, s. 15.

mamıştır. Esasen fotokopi makinesinin çalışmaması sebebiyle işlerin başka yerde yapılması durumunda alıcının malvarlığının aktif kısmının azalması durumunda alıcı fiili zarara (*damnum emergens*) uğramaktadır. Öte yandan, bu zarar alıcının sözleşme ilişkisine hiç girmeseydi uğramayacağı bir zarar kalemi olmasından hareketle bir menfi zarar kalemi olarak da nitelendirilebilir. Zira böyle bir sözleşme ilişkisine hiç girilmeseydi alıcı, kendi fotokopi makinesini satıcıya teslim etmeyecek ve kendi makinesiyle faaliyetine devam edebilecekti. Alıcı kendi elindeki fotokopi makinesini satıcıya teslim etmiş olmasaydı kanımca bu durumda menfi zarardan bahsetmek mümkün olmazdı çünkü bu ihtimalde alıcının uğradığı zarar, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan bir müspet zarar kalemi teşkil etmiş olacaktı. Bu durumda Yüksek Mahkeme, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını açıklarken dayandığı temel görüşle uyumlu bir sonuca varmış olmaktadır.

Yargıtay'ın 2009 yılında verdiği bir kararda¹²⁸ ise davacı alıcı, satın aldığı aracın ayıplı olması sebebiyle aracı kullanamamış ve başka bir araç kiralamak zorunda kalmıştır. Yüksek Mahkeme, eBK m. 205/III hükmünü uygulayarak satın alınan aracın ayıplı olması sonucunda alıcının aracı kullanamaması sebebiyle uğradığı zararı dolaylı zarar olarak nitelendirmiş ve davalı satıcının kusursuzluğunu ispat edememiş olmasını gözeterek satıcıyı zarardan sorumlu tutmuştur. Bu durumda alıcının ayıplı malı kullanamaması sebebiyle uğradığı zarar, satılanın ayıplı olması sebebiyle borcun ifasındaki menfaatin gerçekleşmemesi sonucu meydana geldiği için bir müspet zarar kalemi teşkil etmektedir¹²⁹. Yargıtay, söz konusu kararda alıcının müspet zararını dolaylı zarar kapsamında değerlendirmiş ve satıcının kusursuzluğunu ispat edememesi ihtimalinde sorumlu olacağını belirtmiştir.

Yargıtay 2010 yılında verdiği bir kararda¹³⁰, davacı alıcının satın aldığı tohumların kalitesiz ve az ürün veren tohumlar olması sebebiyle ayıplı olduğu kanaatine varmıştır. Davacı alıcının az ürün alması sebebiyle talep

¹²⁸ *Yargıtay 13. HD, T. 4.5.2009, E. 2008/9676, K. 2009/6001, (çevrimiçi, kazancı, 15.04.2018).*

¹²⁹ Müspet ve menfi zarar kavramı için bknz: **Cuendet**, s. 61 vd.; **Oğuzman, Öz**, Cilt I, s. 386, N. 1266 vd.; **Nomer**, s. 348, N. 182a; **Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz**, Le droit des obligation, 5è Edition, Genève Zurich Bâle, Schulthess Verlag Editions Romandes, 2012, N. 1213, 1214; **Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, N. 1213, 1214.

¹³⁰ *Yargıtay 13. HD, T. 29.4.2010, E. 2009/11944, K. 2010/5905, (çevrimiçi, kazancı, 15.04.2018).*

ettiği müspet zarar niteliğindeki tazminat istemini kabul eden Yargıtay, tacir olan davalı satıcının fide yetiştirici olması ve sattığı tohumların orijinal olup olmadığını bilebilecek durumda olması sebebiyle kusurlu olduğuna kanaat getirmiştir. Kararda her ne kadar doğrudan zararı düzenleyen eBK 205/II hükmüne atıf yapılsa da Yüksek Mahkeme'nin ifa menfaatini hedef tutan müspet zarar niteliğindeki tazminat talebini dolaylı zarar olarak değerlendirdiği ve davalı satıcının kusurlu olması sebebiyle tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar verdiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay 2012 yılında verdiği bir kararda¹³¹, davacı alıcı, davalı satıcıdan bir traktör satın almış ancak traktörün ayıplı olması sonucu tarımsal faaliyetlerde bulunamamış ve tarlasını üçüncü bir kişiye ektirmek zorunda kalmıştır. Yüksek Mahkeme, davalı satıcının kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe davacı alıcının tarlasını üçüncü bir kişiye ektirmek zorunda kalması sebebiyle uğradığı zararları gidermek zorunda olduğuna hükmetmiştir. Uyuşmazlığa konu olan olayda davacı alıcının talebi, söz konusu borç gereği gibi ifa etmiş olsaydı içinde bulunacağı farazi durumla mevcut durumu arasındaki farkın tazminine yöneliktir. Bu durum ise mevcut olayda alıcının bir müspet zararının bulunduğunu gösterir. Yargıtay, önceki içtihatlarıyla tutarlı olarak alıcının zararının, satıcının kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat edememesi halinde tazmin edileceğine karar vermiş ve müspet zarar niteliğindeki söz konusu zararı bir dolaylı zarar olarak nitelendirmiştir.

2014 yılında verilmiş olan bir Yargıtay kararında¹³² davacı alıcı bir taşınmaz satın almış, taşınmaz hakkında belediye tarafından alınmış olan yı-

¹³¹ *Yargıtay 13. HD, T. 24.5.2012, E. 2012/8370, K. 2012/13478, (çevrimiçi, kazancı, 15.04.2018):* "...B.K. 205/3 maddesi uyarınca satıcı kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe alıcının diğer her türlü zararlarını tazmin etmeye mecburdur hükmü uyarınca, davacının traktörünün ayıplı olması sebebiyle tarlaların 3. şahıslarca ekilmesi sebebiyle yapmış olduğu masraflardan sorumludur. Mahkemece, davacının bu istemi hakkında araştırma ve inceleme yapılarak gerçek zarar tespit edilmek suretiyle sonuca uygun hüküm kurulması gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde bu talebin reddi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..."

¹³² *Yargıtay 13. HD, T. 16.6.2014, E. 2014/11236, K. 2014/19280, (çevrimiçi, kazancı, 15.04.2018):* "...Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu 6098 Sayılı T.B.K 219 vd maddelerinde düzenlenmiş olup, alıcının ayıp nedeni ile sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde sahip olduğu haklar ise T.B.K. 229 maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, alıcı sözleşmeden dönme halinde, satıcıdan ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesini isteme hakkına sahip olup, satıcı ise, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür. Hal böyle olunca davalı, davacının gerçek ve müspet zararından da sorumludur..."

kım kararını öğrenince satılarda bulunan hukuki ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmüş ve uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme kararda davalı satıcının yol açtığı ayıplı maldan doğan doğrudan zararı ve kusursuzluğunu ispat edememesi halinde alıcının diğer zararlarını tazmin etmek zorunda olduğunu belirtmiş ve davalı alıcının gerçek ve müspet zararını gidermek zorunda olduğuna karar vermiştir. Kanımca kararda ifade edilen gerçek zarar kavramı menfi zarar kapsamında değerlendirilen fiili zarar (*damnum emergens*) niteliğindedir. Öte yandan kusursuzluğunu ispat edememiş olması durumunda davalı satıcının, alıcının uğradığı müspet zarardan da sorumlu olacağı yönündeki ifade Yargıtay'ın öteden beri benimsediği görüşle de uyumludur.

Görüldüğü üzere Türk Uygulaması, doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki ayrımı kanunun sistematiğine daha yakın olan menfi ve müspet zarar ayırımına göre değerlendirmektedir. Ayıplı malın teslimi sebebiyle meydana gelen doğrudan zarar çerçevesinde alıcının uğradığı menfi zararların tazmini istenebilmekte, dolaylı zarar kapsamında değerlendirilen ve alıcının sözleşmenin ifası neticesinde elde edeceği menfaat olan müspet zararının tazmini için ise satıcının kusursuzluğunu ispat edememiş olması ihtimalinde talep edilebilmektedir. Yargıtay'ın süreklilik kazanmış olan uygulaması bu yönde gelişmiştir.

B. İsviçre Uygulamasında Doğrudan ve Dolaylı Zarar Sorunu

İsviçre Federal Mahkemesi, 1953 tarihli Cofrumi S.A. c. Transatlanta S.A. kararında görüşünü açıkça ortaya koyarak, CO art. 208/II (TBK m. 229/I b. 3) hükmünün yalnızca “fiili zarar” (*damnum emergens*) kalemlerinin tazminine izin verdiğini ve “yoksun kalınan kâr” (*lucrum cessans*) kalemlerinin hükmün uygulama alanı dışında kaldığını ifade etmiştir¹³³. Karara konu olan olayda Transatlanta, Cofrumi'ye hayvansal gıda içeren bir çeşit çörek satmış, Cofrumi'de başka bir şirketle kutusunu 22 sente aldığı ürünleri 30 sente satmak üzere anlaşmıştır. Söz konusu ürünlerin belediyein sağlık laboratuvarlarında incelenmesinin akabinde bir çeşit mikrop içerdiği ve kesinlikle insan sağlığına zararlı olduğu tespit edilmiştir. Cofrumi, bu sebeple ikame mal talep ederek malların ayıpsız benzerleriyle değiştirilmesini istediye de daha sonra sözleşmeden dönerek uğradığı zararın tazmin edilmesini talep etmiştir. Bu zararların

¹³³ ATF 79 II 376, (çevrimiçi, www.servat.unibe.ch, 15.04.2018).

en önemli kısmını ise yoksun kalınan kâr kapsamında değerlendirilen, söz konusu malların başka bir şirkete satılmasının kararlaştırılmasına rağmen tedarik edilmemesi sonucu uğranılan kazanç kaybı oluşturmaktadır. Diğer bir önemli husus ise Transatlanta'nın CO art. 208/III (TBK m. 229/II) hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispatlamış olmasıdır.

Federal Mahkeme bu açıdan satıcının herhangi bir kusuru bulunmasa bile CO art. 195/I ve CO art. 208/II uyarınca ancak alıcının fiili zararını (*damnum emergens* / *dommage positif* / *perte éprouvée*) gidermek zorunda olduğunu, alıcının sözleşme hiç kurulmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durumdan daha fazla bir maddi talebinin söz konusu olamayacağını ifade etmiştir¹³⁴. Bu açıdan Federal Mahkeme, söz konusu kararında doğrudan zararın “*damnum emergens*” kavramı ile özdeş olduğunu, bunun ise ancak menfi zarar kapsamında değerlendirilebilen zarar kalemlerinden oluştuğunu ifade etmiştir¹³⁵. Yoksun kalınan kârın ise (*lucrum cessans* / *gain manqué*) ancak satıcının kusuru olması şartıyla CO art. 208/III (TBK m. 229/III) kapsamında dolaylı zarar olarak talep edilebileceğini kabul etmiştir¹³⁶. Belirtmek gerekir ki olayda söz konusu olan yoksun kalınan kâr kavramı, alıcının borcun ifasındaki çıkarını hedef tutması sebebiyle açıkça bir müspet zarar kalemi teşkil etmektedir. Federal mahkeme, bu açıdan dolaylı zarar kavramını bir müspet zarar kalemi olan yoksun kalınan kâr kavramı ile açıklamış, 2006 yılına kadar devam ettirdiği içtihadında doğrudan ve dolaylı zarar ayırımını dar anlamda “*damnum emergens* – *lucrum cessans*” ve geniş anlamda “*menfi zarar* – *müspet zarar*” ayırımına dayandırmıştır.

Federal Mahkeme, bu daraltıcı yorumunu CO art. 208/II hükmünde öngörölmüş olan objektif sorumluluk ilkesinin Borçlar Kanunu'nun benim-

¹³⁴ ATF 79 II 376, p. 3: “*Il est equitable qu’il reponde, meme s’il n’a pas commis de faute, des dépenses que l’acheteur a faites et du dommage positif qu’il a subi à cause du contrat de vente. Mais l’acheteur ne saurait demander plus que d’être replacé dans la situation qu’il aurait si le contrat n’avait pas été conclu.*” (Herhangi bir kusuru olmasa bile satıcının, alıcının yaptığı giderleri ve satış sözleşmesi uyarınca uğradığı fiili zararları tazminle yükümlü olması hakkaniyete uygundur. Ancak alıcının sözleşme hiç kurulmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durumdan daha fazla bir talep ileri sürmesi mümkün değildir.)

¹³⁵ ATF 79 II 376, p. 3: “*On doit donc admettre qu’en vertu des art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO, l’acheteur peut seulement exiger la réparation de son dommage positif (damnum emergens).*” (Bu durumda CO art. 195/I ve CO art. 208/II uyarınca kabul etmeliyiz ki alıcı yalnızca uğradığı fiili zararın tazminini isteyebilecektir.)

¹³⁶ ATF 79 II 376, p. 3.

seddiği sözleşmesel sorumluluk sistemine bir istisna teşkil etmesi durumuna dayandırmıştır¹³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ortaya koyduğu eski uygulama ve doktrinin bir bölümü tarafından kabul edilen görüş, doğrudan zararın yalnızca menfi zarar kalemlerini içerdiği yönündedir¹³⁸. Bu eski uygulama çoğu zaman eleştirilmiştir¹³⁹. Eleştiriler ise atıf yapılan zarar kategorilerinin birbirini kapsamadığı ve diğerinden farklı birçok özelliğinin bulunduğu yönündendir. Bu sebeple öğreti yukarıda açıklandığı üzere birçok farklı çözüm yolu önermiştir¹⁴⁰.

Federal mahkeme, daha sonra 28 Kasım 2006 tarihinde verdiği Papağan kararı ile¹⁴¹ içtihadında değişikliğe giderek, öğretideki baskın görüş uyarınca doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımını satılan maldaki ayıp ve ortaya çıkan zarar arasındaki uygun nedensellik bağının şiddetine ve yoğunluğuna göre değerlendirmiştir. Karara konu olan olayda satıcı tacir, üreticiden tedarik ettiği altı amazon papağanını aylarca karantina altında tutmuş, daha sonra 4.800 frank bedelle satılmıştır. Akabinde papağarlardan birinde bir virüs sebebiyle meydana gelen bir hastalık önce altı papağanın tamamının, daha sonra ise alıcının elindeki bütün sürünün ölümüne sebep olmuştur. Kuşların ölümünün akabinde meydana gelen zarar ise 2.000.000 franka kadar yükselmiştir. Federal Mahkeme, satıcının kusuru bulunmaması karşısında zararın ancak objektif sorumluluk rejimi öngören CO art. 208/II hükmü uyarınca ancak doğrudan zarar kapsamında tazmin edilebileceğini tespit etmiştir. Kararda doğrudan ve dolaylı zarar ayrımında kullanılması gereken temel prensip, ayıp ve zarar arasındaki nedensellik bağının yoğunluğu ve şiddeti olarak nitelendirilmiştir¹⁴². Bu kapsamda doğrudan zarar, herhangi yeni bir sebep araya girmeksizin ayıplı malın tesliminden doğan doğrudan doğruya zarar olarak tanımlanmıştır. Öte yandan bu hususun mefhumu muhalifinden Federal Mahkeme'nin dolaylı zararı, yeni ve eklenen sebeplerin nedensellik çizgisine katılmasıyla beraber ayıplı malın tesliminin uzak sonucu olarak

¹³⁷ ATF 79 II 376, p. 3; **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1448, N. 10.

¹³⁸ **Oser, Schönenberger**, CR CO I, Art. 195, s. 66, N. 7; **Engel**, s. 43; **Venturi, Zen- Ruffinen**, Art. 195, s. 1377, N. 9.

¹³⁹ **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1448, N. 10.

¹⁴⁰ **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1448, N. 10.

¹⁴¹ ATF 133 III 257. Karar için bkz: La Semaine Judiciaire, Çev. Cédric Remund, 2007, 28.11.2006, s. 461-472; **Werro, Hurni**, s. 543.

¹⁴² ATF 79 II 376, p. 2.5.2.

nitelendirdiği anlaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki Federal Mahkeme'ye göre ayıplı malın kullanımının normal sonucu, nedensellik çizgisinde yeni bir sebep teşkil etmemektedir¹⁴³.

İsviçre öğretisinde Federal Mahkeme'nin kabul ettiği görüşe göre doğrudan ve dolaylı zarar ayırımında su kaçıran bir çamaşır makinesi örneği verilmektedir¹⁴⁴. Bu durumda çamaşır makinesinin su kaçırmaması sebebiyle parkelerin bozulması doğrudan zarar olarak nitelendirilebilecekken, su kaçağının elektrik tesisatına zarar vermesi sonucu yangın çıkması dolaylı zarar olarak nitelendirilecektir.

Yukarıda açıklanan olayda ise satıcı ancak satış sözleşmesinin konusu olan malda yol açılan zararın doğrudan zarar olarak nitelendirilebileceğini, mevcut olayda ise papağanların alıcının sürüsüne dâhil edilmesinin ve bu durumun yol açtığı stresin hastalığa sebebiyet verdiğini; şayet böyle bir tasarrufta bulunulmasaydı zararın meydana gelmeyeceğini savunmuştur. Federal Mahkeme, satıcının iddialarını tamamen reddetmemekle birlikte satın alınan papağanların hastalanması sonucu söz konusu hastalığın doğrudan alıcının kuşlarına sirayet ettiğini belirtmiştir. Bu durumda papağanların alıcının kuşlarının bulunduğu kafese konulması ve kuşların maruz kaldığı stres, Federal Mahkeme tarafından satılanın olağan kullanımı sonucu meydana gelen doğrudan zarar kalemi olarak nitelendirilmiştir¹⁴⁵.

Söz konusu Federal Mahkeme kararı¹⁴⁶ öğretide oldukça katı bulunmuş ve özellikle kusur sorumluluğu ilkesine dayanan sözleşmeler hukukunda objektif sorumluluk ilkesini benimseyerek büyük bir istisna olma özelliğini taşıyan CO art. 208/II hükmünün dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁷. Söz konusu hüküm ayrıca eser sözleşmesinde ayıbı düzenleyen CO art. 368 hükmünden ya da kira sözleşmesinde kiralananın ayıplı olması durumunda meydana gelen zararları düzenleyen CO art. 259e hükmünden çok daha ağır

¹⁴³ ATF 79 II 376, p. 3.2.

¹⁴⁴ Werro, La vente, s. 5.

¹⁴⁵ ATF 79 II 376, p. 3.2.

¹⁴⁶ Kararın dayandığı tarihsel yorum metodunun eleştirisi için bkz: Pichonnaz, 399 vd. *Gümüş*'ün hasta bir hayvanın alıcının diğer hayvanlarının ölümüne sebep olması durumunda meydana gelen zararın mutlak surette dolaylı zarar olacağı yönündeki görüşü için bkz: *Gümüş*, s. 123.

¹⁴⁷ Werro, La vente, s. 6.

bir sorumluluk rejimi öngörmesi sebebiyle de eleştirilmektedir¹⁴⁸. Bu durumda alıcının diğer eşyalarının zarar görmesi durumunda söz konusu rejimin, kusur esasına dayanan sorumluluk rejimi olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁹. Bu sebeple CO art. 208/II hükmünü uygulayacak olan hâkim, daraltıcı bir yorumla satıcıyı, kiracı veya iş sahibinden mümkün olduğunca farklı bir sorumluluk rejimine tabi tutmaktan kaçınmalı, bu açıdan nedensellik bağı kavramı ile açıklanan doğrudan zarar olabildiğince dar kapsamlı değerlendirilmelidir¹⁵⁰. Söz konusu karar ayrıca öngörülen hukuki sorumluluk rejimine karşı alanında uzman olarak değerlendirilemeyecek olan satıcılar açısından da oldukça katı bir sorumluluk rejimi meydana getirmektedir. Bazı yazarlar ise söz konusu içtihadın belirsizlik yaratması sebebiyle hukuki güvenlikten yoksun olduğunu ifade etmekte, özellikle kazanç kayıplarının nedensellik çizgisinde alıcının diğer mallarına zarar vermesi halinden daha uzakta yer almadığını ifade etmektedir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

İlk olarak belirtmek gerekir ki doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını yer aldığı tarihi literatürden ayırarak farklı zarar ayrımlarıyla açıklamak ve kavramları ifade ettiğinden farklı bir kisveye, oynadığı hukuki rolden başka bir çehreye sürüklemek söz konusu ayrımı hukuken çelişkili ve açıklanamaz bir yola sokacaktır. Bu açıdan doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı eski İsviçre Borçlar Kanunu'ndan günümüz hukuk sitemine miras kalmış bir kurum olarak değerlendirilmeli, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı açıklanırken ifade ettiği öngörülebilirlik esasından ve uygun nedensellik bağının yoğunluğu kriterinden faydalanılmalıdır. Bu açıdan tarihi yorum metodu söz konusu kurumun niteliği de göz önüne alınarak konuyu izah ederken ilk başvurulacak hukuki materyal olmalıdır.

¹⁴⁸ **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1450, N. 12, dn. 34; **Werro**, La vente, s. 6. Ayrıca CO art. 208/II'nin öngördüğü düzenleme İsviçre öğretisinde üreticinin sorumluluğunu düzenleyen federal yasayla ve Avrupa Birliği Hukuku'yla çelişmesi sebebiyle de eleştiriye konu olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkznz: **Werro**, La vente, s. 7 vd; **Franz Werro**, "La jurisprudence de la cjue en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al. 2 CO", Haftpflicht- und Versicherungsrecht: Droit de la responsabilité civile et des assurances: Liber Amicorum Roland Brehm, (Editör: Stephan Fuhrer, Cristine Chappuis), Bern, Stämpfli Verlag AG, 2012, ("CJUE" şeklinde kısaltılmıştır.), s. 84 vd.

¹⁴⁹ **Venturi, Zen- Ruffinen**, CR CO I, Art. 208, s. 1450, N. 12.

¹⁵⁰ **Werro**, La vente, s. 6.

Kanunumuzda yalnızca üç ayrı yerde yer alan doğrudan zarar kavramı, hukuki sistematik bakımından da istisnai bir düzenleme şeklinde nitelendirilmektedir. Bu açıdan söz konusu istisnai düzenlemeyi, kanunun geneline teşmil edilmiş zarar ayrımları dâhilinde açıklamak yerine, söz konusu istisnai karakterini esas almak ve öncelikle temsil ettiği bu ayrıkse durumu kabul etmek gerekmektedir. Zira İsviçre Kanun Koyucusu, kanunun muhtelif yerlerinde kullandığı menfi ve müspet zarar kavramları yerine, ifadesine çok sık rastlanmayan bu ayrımı muhafaza etmek yönünde irade beyan etmiştir. Lafzi olarak da kanunun aksi bir ayrımı kast etmiş olacağı sonucuna hukuken varmak da mümkün görünmemektedir.

Öte yandan kanımca doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını menfi ve müspet zarar ayrımı ile açıklayan görüş kendi içinde büyük çelişkiler barındırmaktadır. Kanunun sıkça kullandığı menfi ve müspet zarar kavramlarını, kanunun hiç kullanmadığı bir şekilde bir araya getirmek; doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının istisnai karakterinden çok daha keskin ve büyük bir istisnayı kabul etmek anlamına gelmektedir. Zira hem sözleşmenin geçersizliği sebebiyle sözleşmenin geçerli olacağına güvenilerek uğranılan zararın hem de sözleşmenin geçerli olduğunu varsayarak ifaya yönelik menfaatin karşılanamaması sebebiyle meydana gelen zararın tazmini talebinin aynı anda ileri sürülmesi, birbirini dışlayan iki kavramı bir araya getirmek anlamına gelecektir. Öte yandan ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme sonucunda meydana gelen hukuki durum, sözleşmenin geçerli olduğunun varsayılamayacağı bir hukuki zemin yaratmaktadır. Zira kanımca dönme beyanının yenilik doğrucu karakteri, sözleşmeyi bozucu bir etki yaratmakta ve borçlandırıcı işlemi hukuk düzeninden kaldırmaktadır. Bu hukuki işlem sonucunda sözleşme, borçlandırıcı karakterini yitirmekte ve artık sözleşmeden doğan borçların ifası hukuken talep edilememektedir. Çünkü ölü doğmuş bir borcun ifasının talep edilmesi ya da sona ermiş bir sözleşmeye kesin hükümsüzlük yaptırımından sonra tekrar can verilmesi mümkün olmayacaktır. Dönme beyanının satıcıya ulaşmasından sonra, “*satıcı borcunu ayıpsız bir şekilde ifa etseydi alıcının ekonomik olarak içinde bulunacağı farazi durum*” önermesi hukuken mümkün olmayan bir varsayımı öngörmektedir.

Diğer taraftan, alıcının hem kaçırdığı daha uygun şartlarda sözleşme yapma fırsatı sebebiyle uğradığı zararı hem de ayıp sebebiyle yoksun kaldığı kâr şeklinde meydana gelen zararı talep etmesi çelişkili bir durum yaratacaktır. Doğrudan zarar kapsamında menfi zararın yalnızca fiili zarar kısmının

talep edileceğinin öngörülmesi ise, hem sözleşmenin kurulması masraflarını, hem de kurulduktan sonra meydana gelen kâr kaybını satıcıya yüklemek anlamına gelecektir ki, ifa menfaatini talep eden alıcının sözleşmenin kurulması masrafları gibi menfi zarar kalemlerine kendisi katlanması gerekmektedir. Satıcıyı hem sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hem de geçerli sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle sorumlu tutmak bir çelişki yaratmanın ötesinde hakkaniyete de aykırı düşecektir.

Kanımca, yukarıda açıklanan sebeplerle, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını menfi ve müspet zarar ayırımına dayandırmak mümkün değildir. Birbirini dışlayan bu iki talebin fiili zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde bölünerek bir araya getirilmesi de yine kâbili telif görülmemelidir.

Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını ortadan kalkmış ve hukuki etkisini yitirmiş olan bir sözleşme ilişkisine dayanılamaması sebebiyle müspet zarar dâhilinde açıklamak da mümkün değildir. Zira alıcının sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye iradesi ile sözleşmenin ifasını hedef tutan müspet zararlarının tazminini isteme iradesi hukuken çelişkili davranılamayacağı yönündeki temel prensibe aykırılık teşkil etmektedir.

Kanımca borçlandırıci etkisini (*force obligatoire*) yitirmiş, geçmişe etkili olarak hukuk düzeninden çekilmiş ve ölü doğmuş bir sözleşmesel ilişki çerçevesinde ancak menfi zararlar tazmin edilebilecektir. Bu talep, alıcının hem sözleşmeden dönme iradesiyle hem de kanunun bu iradeye bağladığı hukuki sonuçlarla da uyumludur. Zira hukuki faraziyeler, ifade buldukları hukuki zemine tam oturmalı ve yapılan öngörüler ile bu öngörülerin neticeleri aynı minvalde ve aynı yol üzerinde yer almalıdır. Dolayısıyla müspet ya da menfi zarar şeklinde tezahür edebilecek olan doğrudan ve dolaylı zarar kalemlerinden ancak menfi zarar niteliğinde olanlar tazmin edilebilmelidir. Bu açıdan kavramsal olarak doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı menfi zarar dâhilinde düşünülmemeli, söz konusu ayrım menfi ve müspet zarar dışında bir zarar ayrımı olarak kabul edilmeli, bu zarar kalemlerinden yalnızca menfi zarar niteliğinde olanlar ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme sonucunda tazminat taleplerine konu olabilmelidir. Menfi zarar dairesi içine giren doğrudan ve dolaylı zararlar ise tarihsel yorum ışığında uygun nedensellik bağının yoğunluğu ve şiddetine göre ayrılmalıdır. Bu açıdan nedensellik bağının yoğunluğuna göre doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını şekillendiren görüşe katılmaktayız.

Nedensellik çizgisi (*chaine causale*) uzadıkça nedensellik bağının yoğunluğunun ve şiddetinin azaldığı rahatça tespit edilebilir. Ayıplı malın tesliminden zararın meydana geldiği ana kadar nedensellik çizgisine dâhil olan farklı sebepler zarar verici olayla zarar arasındaki bağın kuvvetini azaltmakta, ayıplı malın teslimi ile yaratılan zarar riskinin etki alanı genişlemekte, böylece nedensellik çizgisinin sonuna gelindiğinde ortaya çıkan hukuki netice satıcının kusursuz sorumluluğunun yadırganmasına yol açacak bir sorumluluk tablosunu meydana getirmektedir. Kusursuz sorumluluk rejimi, istisnai karakteri sebebiyle dar yorumlanmalı ve satıcı ayıplı malın tesliminin doğrudan doğruya sonucu sayılabilecek yakın zararlardan sorumlu tutulmalıdır. Bu zararlar ayıplı malın tesliminin doğrudan doğruya sonucunda meydana gelen zararlar olabileceği gibi mutata kullanımı neticesinde ortaya çıkan zararlar şeklinde de kendini gösterebilecektir. Bu durumda dolaylı zararlar ise ayıplı malın teslimi ile yaratılan yoğun risk alanının aşıldığı, farklı sebeplerin nedensellik çizgisine dâhil olduğu, zarar verici olayla zarar arasındaki yakınlığın azaldığı bir raddede meydana gelen zararlar şeklinde tanımlanabilecektir. İşte bu eşikten sonra satıcının kusurunu aramak bir hukuki gereklilik halini alacaktır. Bu açıdan nedensellik çizgisinde söz konusu sorumluluk eşığının tespiti büyük önem arz etmektedir.

Burada ifade ettiğimiz sorumluluk eşığının tespitinde nedensellik çizgisine dâhil olan farklı sebepler, yaratılan risk alanının yoğunluğu, zarar verici olayla zarar arasındaki yakınlık ve sıkı bağ dikkate alınmalıdır. Bu açıdan menfi zarar kapsamında değerlendirilen kaçırılan sözleşme yapma fırsatları genel olarak dolaylı zarar niteliğinde karşımıza çıkacaktır. Nedensellik bağının yoğunluğu kavramına ise ayıp sebebiyle kişi varlığı ve malvarlığı değerlerinin ihlal edilmesi hallerinde ihtiyaç duyulacaktır.

Sonuç olarak kısaca özetlemek gerekirse doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı, doğrudan ve dolaylı zararların menfi zarar dairesiyle kesiştiği küme içinde nedensellik bağının yoğunluğuna göre tespit edilecek sorumluluk eşığı temel alınarak gerçekleştirilmelidir. Bu eşığı geçen olaylar sebebiyle vuku bulmuş zararlar dolaylı zarar kapsamına alınmalı, öte yandan ayıplı malın teslimi olgusuyla yakınlığını ve bağılılığını koruyan zararlar doğrudan zarar olarak nitelendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- A. Schneider / F. Fick:** Commentaire populaire et pratique, 1er volume titre I à XXII révisés par F. Fick, Adaptation française de la 4ème édition allemande par Max E. Porret, Delachaux&Niestlé S.A., Neuchâtel, 1915.
- Akçura Karaman, Tuba:** Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebebi Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Akıncı, Şahin:** 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku, 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2017.
- Amaudruz, Michel:** La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue dans la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels: Etude de droit comparé, Lausanne, Imprimerie Jean Bron, 1968.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015
- Becker, Herman:** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551, (Çeviren: Suat Dura), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993.
- Cavin, Pierre:** Considération sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue, la Semaine Judiciaire, Genève, Société Genevoise de Droit de Législation, 1969, ("Considérations" şeklinde kısaltılmıştır.).
- Cavin, Pierre:** Traité de droit privé suisse, Tome IV, 1: vente échange donation, Fribourg, Edition universitaire de fribourg, 1978, ("Vente" şeklinde kısaltılmıştır.).
- Cuendet, Jean:** La faute contractuelle et ses effets, Etude de l'article 99 al. 3 CO, 2ème Edition, Berne, Edition Stämpfli&Cie SA, 1970.
- Deschenaux, Henri / Tercier, Pierre:** La responsabilité civile, 2ème édition, Bern, Edition Saempfli&Cie SA, 1982.
- Engel, Pierre:** Contrats de droit suisse: traité des contrats de la partie spéciale du code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés, Berne, Stämpfli Editions SA, 2000.

- Erdoğan, Belgün:** Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Ergüne, Mehmet Serkan:** Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin:** Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Gümü, Mustafa Alper:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1: İsimli Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödücü, Tüketim Ödücü, Genel Hizmet Sözleşmesi, 3. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2013.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir:** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Kahveci, Nalan:** Taşınır Satımında Ayıplı mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Kırca, Çiğdem:** “Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 433-458.
- Nomer, Halûk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Oser, Hugo / Schöenberger, Wilhelm:** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Akdin Muhtelif Nevileri, Çeviren: Kemal Fikret Arık, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1966.
- Petitpierre, Gilles:** “l’Acheteur-revendeur et la responsabilité de l’article 208/II du code des obligations”, Mélanges en l’honneur de Henri Descenaux Professeur à l’Université de Fribourg, Fribourg, Editions universitaires fribourg suisse, 1977 s. 329-341.

- Pichonnaz, Pascal / Werro, Franz:** “La jurisprudence mise en lumière”, La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats, Fribourg, Schulthess Editions Romandes, 2009, s. 153-179.
- Pichonnaz, Pascal:** “L’obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l’art. 208 CO”, L’Homme et son droit Mélanges en l’honneur de Marco Borghi, AISUF - Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg Band/Nr. 308, Fribourg, 2011, s. 399-413.
- Rado, Türkân:** Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Schönle, Herbert:** “Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 co.”, La Semaine Judiciaire, Genève, Société Genevoise de Droit et de Législation, 1977, s. 465-492.
- Serozan, Rona:** Borçlar Hukuku Özel Bölüm: Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, (Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Şanlı), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Stanislas, Guy:** Le droit de résolution dans le contrat de vente: Sanction de l’inexécution des obligations contractuelles: Etude de droit suisse, Genève, Librairie de l’Université Georg et Cie S.A., 1979.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Cilt I, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal:** Le droit des obligation, 5è Edition, Genève Zurich Bâle, Schulthess Verlag Editions Romandes, 2012.
- Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, Hüseyin Murat:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Tercier, Pierre / Bieri, Laurent / Carron, Blaise:** Les contrats spéciaux, 5ème édition, Zürich, Schulthess Verlag Editions Romandes, 2016.
- Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, Akdin Muh-telif Nevileri, Sermet Matbaası, 1977.

Umur, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, Tıpkı 3. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

Velidedeoğlu, Hızfı Veldet / Özdemir, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1987.

Venturi, Silvio / Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle: Commentaire Romand: Code des Obligations I Art. 1-529 CO, Editör: Luc Thévenoz, Franz Werro, 2ème Edition, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012.

Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt: 1-2, (Çeviren: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983.

Werro, Franz / Hurni, Béatrice: Le droit des contrats: jurisprudence fédérale choisie et annotée, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2012.

Werro, Franz: “La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l’application de l’article 208 al. 2 CO”, Haftpflicht- und Versicherungsrecht: Droit de la responsabilité civile et des assurances: Liber Amicorum Roland Brehm, (Editör: Stephan Fuhrer, Cristine Chappuis), Bern, Stämpfli Verlag AG, 2012, (“CJUE” şeklinde kısaltılmıştır.).

Werro, Franz: “La vente dans la jurisprudence récente”, La pratique contractuelle actualité et perspectives: Syposium en droit des contrats, (Editör: Franz Werro, Pascal Pichonnaz), Genève, Schulthess Editions Romandes, 2009, (“La vente” şeklinde kısaltılmıştır.).

Werro, Franz: La responsabilité civile, avec la collaboration d’Annick Actari, Sébastien Chaulmotet, Josiane Haas, Berne, Edition Stämpfli&Cie SA, 2005, (“Responsabilité” şeklinde kısaltılmıştır.).

Yavuz, Cevdet: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), (Yayına Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Yayına Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), 10. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014, (“Borçlar Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır.).

Yıldırım, Fadıl / Başpınar Veysel: “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.1093-1125.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

www.admin.ch

www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch

www.kazanci.com

www.servat.unibe.ch

www.legifrance.gouv.fr

Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Müteselsil Borçluluk

Arş. Gör. Hazal TOLU*

Öz: Sosyal Güvenlik Kurumu'nun iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle sigortalı veya hak sahiplerine bağladığı gelir ve yaptığı ödemeleri sorumlulara rücu hakkı, 5510 sayılı Kanunun 21. ve 23. maddelerinde düzenlenmiştir. Yüksek Mahkeme bu davalarda, kazaya neden olan işveren ve üçüncü kişilerin Kurum'a karşı müteselsil borçlu olduğunu kabul etmektedir. Ancak, müteselsil borçluluğa ilişkin genel kurallar incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin bu içtihadı tartışmaya açıktır. Bu nedenle, çalışmamızda Yüksek Mahkeme'nin söz konusu içtihadı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Müteselsil sorumluluk, farklılaştırılmış teselsül, Sosyal Güvenlik Kurumu, rücu hakkı, iş kazası ve meslek hastalığı.

Joint Liability at the Recourse Actions of Social Security Institution Arising from Occupational Accident and Disease under the Judgments of the Court of Cassation

Abstract: Social Security Institution's right of recourse to the persons responsible for occupational accident or disease is stipulated in the articles 21 and 23 of Act No 5510. The Supreme Court acknowledges in these cases that the employer and third parties causing the accident owes a joint debt to the Institution. However, when examining the general principles of joint liability, this jurisprudence of the Supreme Court is open to debate. For this reason, in our study the aforementioned jurisprudence of the Supreme Court has been examined.

Keywords: Joint liability, differentiated joint liability, Social Security Institution, right of recourse, occupational accident and disease.

* Makale gönderim tarihi: 15.05.2018. Makale kabul tarihi: 22.05.2018.

Galatasaray Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı (htolu@gsu.edu.tr).

GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ

İş kazası ve meslek hastalığının önlenmesi ile bundan doğan zararların tazmini, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun uygulanmasını gerektiren, çok yönlü bir konudur. Bu konuda, her ne kadar 6331 sayılı Kanun iş kazalarının önlenmesi bakımından önemli bir görev üstlenmişse de, ülkemizde yaşanan iş kazalarının fazlalığı, ne yazık ki bilinen bir gerçektir. Sosyal Güvenlik Kurumu istatistiklerine göre 2016 yılı içerisinde 286.068 sigortalı iş kazası geçirmiş, 597 sigortalıya ise meslek hastalığı teşhisi konulmuştur¹. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Meclisi'nin 2016 yılı verilerine göre aynı yıl iş kazası nedeniyle yaşamını yitiren işçi sayısı 1970'tir².

Ülkemizde gerçekleşen iş kazalarının bu denli fazla oluşu, diğer bütün kötü etkileri yanında, Kurum'un malvarlığında ciddi bir eksilmeye neden olmakta ve Kurum'un bütçe açığı yıldan yıla artmaktadır. Nitekim, 2015 ve 2016 yıllarında 11 milyar TL civarında olan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun bütçe açığı, Maliye Bakanlığı 2017 yılı bütçe verilerine göre, 21 milyar doları geçmiş durumdadır³.

Kısa vadeli sigorta kollarından iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan parasal yardımlar, geçici iş göremezlik süresince ödenen günlük geçici iş göremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik durumunda ödenen sürekli iş göremezlik geliri, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan ölüm geliri, karşılanan cenaze masrafları ve kız çocuklara verilen evlenme ödenekleridir. Bunların Kurum'un finansman gücü üzerinde yarattığı olumsuz etki, Kurum tarafından yapılan ödemeler ve bağlanan gelirlerin belli koşulların varlığı halinde işveren, işveren vekili, alt işveren ve üçüncü kişilere rücu edilmesiyle kısmen de olsa giderilerek, söz konu-

¹ SGK, 2016 yılı İş Kazası ve Meslek Hastalığı İstatistikleri, http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/istatistik/sgk_istatistik_yilliklari (Erişim Tarihi: 11.04.2018)

² İŞİG 2016 yılı İş Cinayetleri Raporu, http://www.guvenlicalisma.org/icerik/haber/dosyalar/raporlar/2016_rapor.pdf (Erişim Tarihi: 11.04.2018)

³ FIRAT, Muhammed Sabır, **Türkiye'de Sosyal Güvenlik Kurumu Bütçesi Ve Sosyal Güvenlik Açıkları**, TBB Dergisi, 2016/127, s. 331. Sosyal Güvenlik Kurumları Bütçe İstatistikleri, <https://www.muhasabat.gov.tr/content/duyuru/sosyal-guvenlik-kurumlari-butce-dengetablosu/184807> (Erişim Tarihi: 11.04.2018)

su yardımların sürekliliği sağlanmaktadır⁴. Bu amaçla, 5510 sayılı Kanunun 21. ve 23. maddelerinde, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle yapılan ödemeler ile bağlanan gelirlerin işveren ve üçüncü kişilere rücu düzenlenmiştir. Hemen belirtelim ki, düzenlemelerin amacı Kurum'un ekonomik zararını gidermekten ibaret değildir. Kazanın meydana gelmesinde kusuru olan işveren ve üçüncü kişilere yahut kazanın meydana gelmesinde kusuru bulunmasa bile kayıt dışı işçi çalıştıran işverenlere rücu edilmesi, aynı zamanda onları sigortalıların sağlığını ve can güvenliğini koruma yönünde çaba göstermeye sevk ederek, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına hizmet eder⁵. Bunun gibi, iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle oluşan zararın önce SGK tarafından giderilmesi, işçi ve işveren arasında doğacak muhtemel çekişmeyi önleyerek sigortalıların zararlarının bir an evvel sorunsuzca giderilmesini sağlar⁶.

Kurum'un rücu hakkı 506 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, 5510 sayılı Kanun döneminde de öğreti ve Yargı içtihatlarında tartışma konusu edilmektedir. Bu tartışmaların başında, Kurum'un rücu hakkının hukuki niteliği, kapsamı ile kaçınılmazlık ilkesinin rücu hakkına etkisi gelmektedir. Bunun dışında, iş kazasının meydana gelmesinde işveren ve üçüncü kişinin birlikte kusurlu olmaları durumunda, bu kişilerin Kurum'a karşı müteselsil sorumlu kabul edilmesi de bugüne kadar çok üstünde durulmamış olmakla birlikte tartışmaya açık bir konudur. Bu çalışmada, yukarıda değinilen konulara ilgili olduğu ölçüde değinilecek, esas olarak Kurum'a karşı sorumluluğun müteselsil nitelik taşıyıp taşımadığı üzerinde durularak, konuya ilişkin Yargıtay kararları değerlendirilecek ve naçizane önerilerimiz sunulmaya çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK MÜTESELSİL BORÇLULUK

Müteselsil borçluluk (pasif teselsül), alacaklının birden çok borçlunun her birinden borcun ifasını isteyebildiği ve borçluların her birinin bir irade

⁴ TATAR, Gülsüm, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk*, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/4, s. 2134.

⁵ TURAN, Ercan, **5510 sayılı Yasa Kapsamında Rücuun Tazminat Davaları**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 15., Eylül 2009, s. 193. ERGİN, Berin, **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücu Nasıl Bakıyor?**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 1, S. 4, Aralık 2006, s. 135. CİVAN, Ersun, **İş Kazası Veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği Ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları**, AÜHFD, 64/3, 534. OKUR, Nurdan, **İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla İşverenin Sorumluluğu**, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 326.

⁶ OKUR, s. 327. TURAN, s. 193. CİVAN, Rücu, s. 533.

beyanı veya kanun hükmü uyarınca borcun tamamından ayrı ayrı sorumlu olduğu, alacaklının ise tamamını ancak bir defa elde etme şartıyla edimi borçlulardan dilediği birinden talep edebildiği, borçlulardan birinin borcu ifa etmesiyle diğerlerinin de borçtan kurtulduğu borçluluk türü olarak tanımlanabilir⁷.

TBK m. 162 hükmü uyarınca müteselsil borçluluk, birden çok borçludan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğunu kabul ettiği haller dışında, ancak kanunda öngörülen hallerde (kanuni teselsül) söz konusu olur⁸. Buna göre, müteselsil borcun kaynağı ancak bir hukuki işlem veya kanun hükmü olabilir. Bu itibarla, birden fazla borçlunun bulunduğu her durum müteselsil borçluluk olarak nitelendirilemez. Kural, birden fazla borçlunun bulunduğu hallerde bunlardan her birinin alacaklıya karşı bir bütün teşkil eden edimin yalnız bir kısmından sorumlu olmasıdır. Bu kuralın tek istisnasını, ticari işler oluşturur. Zira, TTK m. 7 hükmünde, iki veya daha fazla kişinin, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girmesi durumunda, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olacakları kabul edilmiştir. Bunun dışındaki hallerde ise kısmi (müşterek) borçluluk karinesi uygulanır. Bu itibarla, müteselsil borçlulukta *numerus clausus* ilkesi geçerli olup, alacaklıya karşı birden fazla borçlunun bulunduğu durumlarda kural kısmi borçluluktur⁹.

Sözleşmeden doğan müteselsil borcun söz konusu olabilmesi için, borçluların sözleşmenin kurulduğu sırada, alacaklıya borcun tamamından sorumlu olduklarını beyan etmeleri gerekir. Bununla birlikte, yapılan sözleşmede

⁷ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 22 Yekın Yayınları, Ankara 2017, s. 1228. NOMER, Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 15, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 454. TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİÖĞLU, Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.1, On İki Levha Yayınları, Mart 2016, p. 1615. AYAR, Ahmet/ENGİN, Hande, **Teselsülde Rücu**, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 1293.

⁸ NOMER, s. 456. DALCI ÖZDOĞAN, Nurihan, **Müteselsil Sorumluluk**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 61. KORKMAZ, Metin, **Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Üçüncü Kişilerin Sorumluluğundan Doğan Rücu Hakkının İdari ve Yargısal Boyutlarıyla İncelenmesi**, Ankara 2014, s. 17.

⁹ EREN, s. 1230. KIRCA, Çiğdem, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler**, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 24.

teselsül kelimesinin geçmiş olması zorunlu değildir. Güven teorisi uyarınca taraf iradelerinin yorumundan da müteselsil borçluluğun kabul edildiği sonucu çıkarılabilir¹⁰.

Bunun dışındaki hallerde, müteselsil borç kanundan doğar¹¹. Örneğin, birden çok kişinin aynı zarardan aynı veya farklı hukuki sebeplerden dolayı sorumlu olmaları halinde (TBK m. 61); bir malvarlığı veya bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri durumunda (TBK m. 202); kullanım öduncünde ödünç alanlar arasında (TBK m. 382); bir kişiye birlikte vekâlet verenlerin, vekile karşı sorumluluğu halinde (TBK m. 511); bir şeyi birlikte saklamak üzere alanların sorumluluğu bakımından (TBK m. 567); adi ortaklıkta ortakların, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlar bakımından (TBK m. 638) müteselsil borçluluk söz konusu olur.

Müteselsil borçluluğun hüküm ve sonuçları, alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki ilişkiyi ifade eden dış ilişki ile müteselsil borçlular arasındaki ilişki iç ilişki olmak üzere iki başlık altında incelenebilir.

1. Müteselsil Borçlulukta Dış İlişki

Müteselsil borçlulukta, müteselsil borçlulardan her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumludur. Buna karşılık alacaklı, borçlulardan borcun tamamını veya bir kısmını talep etmekte ve dilediği borçluya başvurmakta serbesttir (TBK m. 163/I)¹². Alacaklı herhangi bir alacak sırası ile bağlı olmadığından, borcun muaccel olması koşuluyla borçluların hepsine aynı anda veya sırayla takip yapabilir. Alacaklının müteselsil borçlulardan biri aleyhine dava veya takip yoluna başvurmuş olması, onun diğer borçlulara başvurma hakkını ortadan kaldırmaz¹³. Bu yönüyle müteselsil borçluluk, alacaklının durumunu güçlendirir. Zira, alacaklı ne alacağı bölerek birden fazla borçluya başvurmak ne de alacağı mutlaka tek bir borçludan talep etmek zorundadır. Alacaklı, borcun borçlulardan biri tarafından ifa edilmemesi halinde diğer

¹⁰ EREN, s.1231. TERCIER ve diğ., p.1621. DALCI ÖZDOĞAN, s. 68.

¹¹ TERCIER ve diğ., p.1622.

¹² OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 13, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 463. EREN, s. 1205. NOMER, s. 454. TERCIER ve diğ., p. 1625.

¹³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 470. EREN, s. 1205.

bir borçluya başvurabileceğinden, müteselsil borçluluk onun için adeta ek bir teminat işlevi görür¹⁴.

Müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin borcun tamamını ifa etmesi halinde borç, diğer borçlular bakımından da sona erer. Bunun için borcu ifa eden borçlunun, diğer borçluları borçtan kurtarma niyeti taşıması, hatta bu borçlulardan haberdar olması dahi gerekmez. Aksi halde alacaklı, aynı alacağı birden fazla borçlunun her birinden ayrı ayrı tahsil etme imkanına kavuşmuş olur ki, müteselsil borçluluğun amacı taleplerin yığılmasına sebebiyet vermek değil, alacaklının alacağına bir an evvel kolayca kavuşmasını sağlamaktır¹⁵. Buna karşılık, borcun kısmen ifası, alacaklının borçlulardan birine dava açması, davanın kesinleşmesi ve hatta hükmün icraya konulması halinde borç tamamen ifa edilmiş olmadığından, müteselsil borçluların sorumluluğu devam eder¹⁶.

Müteselsil borçlulukta borçlulardan her biri, alacaklıya karşı onunla kendi kişisel ilişkilerinden doğan şahsi def'i ve itirazlar yanında, müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan ortak def'i ve itirazları ileri sürebilir (TBK m. 164/I). Ortak def'i ve itirazlara, borcun doğmadığına, geçerli olmadığına veya sona erdiğine ilişkin itirazlar örnek verilebilir. Ortak def'i ve itirazlar, zarar görenin birlikte kusuru, bünyevi zayıflığı, mali durumu, zarara razı olması gibi zarar görenin durum ve davranışlarına ilişkindir¹⁷. Bunların ileri sürülmesi, müteselsil borçlular için bir hak olduğu gibi aynı zamanda bir yükümlülüktür. TBK m. 164/II uyarınca, ortak def'i ve itirazları ileri sürmeyen borçlu, diğerlerine karşı sorumlu olur. Bu halde borçlunun, TBK m. 591/III hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda rücu hakkını kaybedeceği kabul edilmektedir¹⁸.

Şahsi def'i ve itirazlar ise, borçlu ile alacaklı arasındaki kişisel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ifade eder¹⁹. Her bir borçlu yalnızca alacaklıyla kendi arasındaki kişisel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazları ileri sürebilir, bir başka borçluya ait kişisel def'i ve itirazları ileri süremez²⁰. Kişisel def'i

¹⁴ EREN, s. 1233. TERCIER ve diğ., p.1616.

¹⁵ EREN, s. 1229-1230.

¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 471. EREN, s. 1234. AYAR/ENGİN, s. 1297.

¹⁷ KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 38.

¹⁸ EREN, s. 1234-1235. TERCIER ve diğ., p. 1632. TATAR, s. 2136. AYAR/ENGİN, s. 1302.

¹⁹ EREN, s. 1235. TERCIER ve diğ., p.1633.

²⁰ NOMER, s. 457.

ve itirazların ileri sürülmesi, bu hakka sahip olan borçlunun takdirindedir. Diğer bir ifadeyle, borçlunun kişisel def'i ve itirazlar bakımından, ortak def'i ve itirazlarda olduğu gibi bunları ileri sürme yükümlülüğü yoktur²¹. Kişisel def'i ve itirazlara örnek olarak, irade sakatlıkları nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkı, borcun henüz muaccel olmadığı itirazı, takas beyanı, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi veya borçlunun ibrası örnek verilebilir. Bununla birlikte belirtelim ki, alacaklının müteselsil borçlulardan birini ibra ederek borcundan kurtarması, o borçlunun, payından fazla ödemede bulunan müteselsil borçluya karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz²². Borçlulardan birinin alacaklı tarafından ibrası halinde diğer borçlular, iç ilişkideki dağılım nispetinde borçtan kurtulur (TBK m. 166/II). Bunun gibi, borcun takas yoluyla sona erdirilmesi durumunda da, borcun alacaklıya karşı sona erdiği oranda diğer borçlular da borçtan kurtulmuş olur (TBK m. 166/I).

Borçlunun şahsından kaynaklanan (hafif kusur, zarar verenin yoksulluğa düşecek olması gibi) bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülüp sürülemeyeceği konusu ise öğretilerde tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre²³, müteselsil borçlular beklenmeyen hal, zarar görenin kusuru gibi tüm sorumlular için geçerli indirim sebeplerini ileri sürebilirken; kendilerine ait indirim sebeplerini ileri sürememelidir. Zira, teselsül tüm sorumluların zararın tamamından sorumluluğunu gerektirir. Bireysel indirim sebepleri müteselsil borçlular arasındaki ilişkiyi ilgilendiren bir mesele olduğundan, iç ilişkide dikkate alınabilecek bu tür sebeplerin dış ilişkide dikkate alınmaması gerekir. Mutlak teselsül anlayışı uyarınca, müteselsil sorumluluğun özünde zarar görenin konumunun güçlendirilmesi anlayışı ya-

²¹ TERCIER ve diğ., p.1633.

²² NOMER, s. 455. TERCIER ve diğ., p.1626. DALCI ÖZDOĞAN, s. 47. AYAR/ENGİN, s. 1299. Alacaklının borçlulardan birini ibra etmeye yönelik iradesinin bütün alacaklılar lehine genişletilmesinin onun iradesinin aksine bir durumun kabul edilmesine sebebiyet verdiğinden isabetli olmadığı görüşünde bkz. KIRCA, 667.

²³ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, s. 302. YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 173. İsviçre hukukunda bu görüşü savunan yazarlar için bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s.135 dn. 455'te sayılan yazarlar. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebileceğini öngören m.60/II hükmünün haklı bir gerekçesinin olmadığı ve müteselsil sorumluluğun kaldırılarak kısmi sorumluluğunun kabulüne yol açacağı görüşünde bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, **Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler**, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, s. 172.

tar. Bu ise, alacaklının alacağın tamamını müteselsil borçluların tümünden isteyebildiği durumlarda mümkün olur. Buna karşılık, müteselsil borçluların bireysel indirim sebeplerini ileri sürebileceğinin kabulü halinde alacaklı, uğradığı zararın tamamını tek bir müteselsil borçludan talep edemeyeceğinden, diğer müteselsil borçlulara başvurmak zorunda kalır. Bu durum, alacaklının yapacağı yargılama giderlerinin artmasına neden olduğu gibi, sorumluluk hukuku yönünden de borçluların ödeme güçlüğü riskinin alacaklı üzerinde bırakılması sonucunu doğurur. Tüm bu nedenlerle, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmelidir.

Buna karşılık diğer görüş²⁴, müteselsil sorumluluğun bir kişiyi normalde sorumlu olduğundan daha ağır bir tazminat yükü altında bırakmayı amaçlamadığını ve bu nedenle bireysel indirim sebeplerinin de tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmasını gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, bir kimsenin sırf başkaları da zarardan sorumlu olduğu için normalde olduğundan daha yüksek bir miktarla sorumlu tutulması hakkaniyete aykırıdır. Bireysel indirim sebeplerinin zarar görene ileri sürülmesi halinde, ödeme güçlüğü riskinin alacaklı üzerinde bırakılıyor olması da bu adaletsiz sonucu değiştirmez. Zira, bir kimsenin sırf başkaları da zarardan sorumlu olduğu için, zarara tek başına sebep olsaydı dayanabileceği indirim sebeplerini alacaklıya karşı ileri sürememesi, daha büyük bir adaletsizliktir²⁵. Üstelik tazminatın hesabı bakımından uygulanan TBK 50²⁶ ve 51²⁷ hükümleri zarara tek bir kişinin neden olduğu hallerde olduğu gibi, birden fazla zarar verenin bulunduğu durumlarda da uygulanır. Zira, Kanunda söz konusu hükümlerin müteselsil sorumluluk haline uygulanmayacağını söyleyen bir hüküm bulunmadığı gibi,

²⁴ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, **TeKinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, B. 7, İstanbul 1993, s. 702. KARAYALÇIN, Yaşar, İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 4, Güz 2007, s. 111. KIRCA, Çiğdem, **Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler**, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 657. AYNI YAZAR, Müteselsil Sorumluluk, s. 38. DALCI ÖZDOĞAN, s. 130 vd.

²⁵ KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 39. DALCI ÖZDOĞAN, s. 135.

²⁶ TBK m. 50 uyarınca “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”.

²⁷ TBK m. 52 uyarınca “...Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler”.

ilgili normların amacı da tazminatın hesabı yönünden zarar görenin bir veya daha fazla kişi olmasına göre bir ayırım yapmak değildir²⁸. Buna göre, somut olayda borçluların borçları eşit değilse ve aksine bir anlaşma da yoksa, müteselsil sorumluluk en düşük borç miktarıyla sınırlıdır²⁹. Örneğin, A, B ve C'nin 10.000 TL'lik bir zarara sebep olduğu varsayımında, bunlardan ilk ikisinin ağır kusurlu, diğerinin hafif kusurlu ve iç ilişkide kusur oranlarının 4/10, 4/10 ve 2/10 olması halinde, A ve B'nin zarar görene karşı sorumluluğu 10.000 TL, C'nin ise 8.000 TL'dir. Bu durumda A, B ve C 8.000 TL'den müteselsilen sorumlu iken A ve B zararın tamamından birlikte sorumlu olur³⁰.

Müteselsil borçlulukta, her ne kadar alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olsalar da, borçluların her birinin borcunun birbirinden bağımsız nitelik taşıdığı genel olarak kabul edilmektedir³¹. Bu nedenle, her bir borçlunun davranışı yalnızca kendisi hakkında hüküm ve sonuç doğurur. Nitekim, TBK m. 165 hükmü ile de aksine anlaşma olmadıkça borçlulardan birinin kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağı kabul edilmiştir. Buna göre, örneğin borçlulardan birinin alacaklıyla anlaşarak faiz miktarını arttırması, borçlunun kusuruna dayanan bir imkansızlığın ortaya çıkması, borçlunun temerrüde düşmesi yalnızca o borçlu bakımından hüküm ve sonuç doğurur³². Bunun gibi, alacaklının yaptığı hukuki işlemler de, sadece ilgili borç ilişkisi üzerinde etkilidir. Örneğin, borçlulardan birine yapılan muacceliyet ihbarı, yalnızca o borçlu bakımından borcun muaccel hale gelmesi sonucunu doğurur. Bunun gibi, temerrüt ihtarı da, yalnızca o borçlunun temerrüde düşmesine neden olur³³. Bu kuralın tek istisnasını ise zamanaşımı oluşturur. TBK m. 155/I uyarınca borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı, diğerlerine karşı da kesilmiş sayılır³⁴.

²⁸ KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 39. DALCI ÖZDOĞAN, s. 198.

²⁹ KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 39. DALCI ÖZDOĞAN, s. 42.

³⁰ KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 43.

³¹ Bu konuda öğretideki tartışmalar için bkz. KIRCA, s. 643. DALCI ÖZDOĞAN, s. 31-33.

³² EREN, s. 1236.

³³ DALCI ÖZDOĞAN, s. 43. Bununla birlikte, öğretide diğer borçluların borçlunun temerrüde düşürüldüğünden haberdar olmaları ve borç kendileri bakımından muaccel olmasına rağmen borcu ifa etmemeleri halinde ifada bulunan borçlunun ödediği temerrüt faizini diğer borçlulara rücu edebileceği ileri sürülmüştür. TEKİNAY ve diğ., s.318.

³⁴ Öğretide bir görüşe göre, düzenlemede zamanaşımı kesen nedenler bakımından bir ayırım yapılmadığından, örneğin borçlunun borcu tanınması nedeniyle zamanaşımının kesilmesi halinde de zamanaşımı diğer borçlular için de kesilmiş olur. Bu durum, borçlunun kendi

2. Müteselsil Borçlulukta İç İlişki

Müteselsil borçlular arasındaki iç ilişki, TBK m. 167 ve 168 hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, alacaklıyı kısmen veya tamamen tatmin eden borçlunun diğer borçlulara rücu etme hakkı vardır. Rücu hakkının doğumu için iki koşul aranır. Bunlar, alacaklının tatmin edilmesi ve rücu eden borçlunun alacaklıya iç ilişkideki payından daha fazla bir ödemede bulunmuş olmasıdır³⁵. Alacaklının tatmin edilmesi, ifa veya takas yoluyla borcun sona erdirilmesi şeklinde olabilir³⁶.

Müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide karine olarak borçluların her birinin eşit oranda sorumlu olduğu kabul edilir (TBK m. 167). Ancak müteselsil borçlular aralarında anlaşarak farklı bir paylaşım yapabilecekleri gibi, hukuki ilişkinin niteliğinden de borçlular arasında farklı bir paylaşım olduğu sonucu çıkarılabilir. Bunun yanında, iç ilişkide eşit paylaşım karinesine, haksız fiilden doğan borç ilişkileri yönünden bir istisna getirilmiştir (TBK m. 62)³⁷. Düzenleme uyarınca tazminatın müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, tarafların kusurları, yarattıkları tehlikenin yoğunluğu ve diğer bütün durum ve koşullar göz önünde bulundurulur.

Bu paylaştırma sonucunda tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen müteselsil borçlunun durumunu güçlendirmek ve rücu talebini kolaylaştırmak amacıyla, onun ödediği miktar nispetinde alacaklının haklarına halef olacağı kabul edilmiştir (TBK m. 168/I). Bu itibarla, alacaklıya ait kefalet, rehin gibi teminatlar ile işlemekte olan faiz, herhangi başka bir işleme gerek kalmaksızın alacaklıyı tatmin ettiği oranda rücu hakkı sahibi müteselsil borçluya geçer³⁸.

Müteselsil borçlulukta dış ilişkide alacaklıya karşı geçerli olan teselsül, borçlular arasındaki iç ilişkide söz konusu değildir³⁹. Buna göre, kendisine

fiiliyle diğer borçluların durumunu ağırlaştırmayacağına ilişkin kuralın istinasını oluşturur. EREN, s. 1237. Diğer bir görüşe göre, bir borçluya karşı kesilen zamanaşımının diğer borçlular bakımından da kesilmesine ilişkin düzenleme yalnızca alacaklının fiiliyle zamanaşımının kesildiği durumlar bakımından uygulanmalıdır. TERCIER ve diğ., p.1630.

³⁵ EREN, 1238. TERCIER ve diğ., p.1640-1641.

³⁶ AYAR/ENGİN, s. 1296.

³⁷ AYAR/ENGİN, s. 1295. KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 35.

³⁸ EREN, s. 1241. NOMER, s. 455. AYAR, /ENGİN, s. 1304.

³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 488. EREN, s.1229. TERCIER ve diğ., p. 1645. AYAR, /ENGİN, s.

düşen payın üstünde ödemedede bulunan borçlu diğer bir borçluya, ancak onun iç ilişkide sorumlu olduğu payı rücu edebilir. Alacaklıya borcun tamamını ödeyen müteselsil borçlunun, fazla ödediği kısmın tamamını müteselsil borçlulardan birinden talep etmesi mümkün değildir.

Rücu alacağı bakımından zamanaşımı, rücu edilen tazminatın tamamının ödenmesinden ve birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenilmesinden itibaren iki yıl ve her halde tazminatın tamamının ödenmesinden itibaren on yıldır⁴⁰. Ancak, kendisinden tazminat istenen borçlu, durumu haberdar olduğu diğer müteselsil borçlulara bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde zamanaşımı, dürüstlük kuralları uyarınca bu bildirimin yapılabileceği tarihten başlar(TBK m. 73).

II. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN RÜCU DAVALARINDA MÜTESELSİL SORUMLULUK

İş kazası ve meslek hastalığı halinde, Kurum tarafından zarar görene ya da hak sahiplerine çeşitli ödemeler yapıldığını daha önce ifade etmiştik. Yapılan bu ödemelerin işveren ve üçüncü kişilere rücuu, 5510 sayılı Kanunun 21. ve 23. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 23. maddesi sigortalı çalıştırdığını Kurum’a bildirmeyen işverenlerin iş kazası ve meslek hastalığından sorumluluğunu düzenlemekte olup bu çalışma kapsamında değerlendirilmeyecektir. Konumuz bakımından önem taşıyan m. 21/I-IV hükümlerinde ise kusurlu işveren ve üçüncü kişilerin iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu sorumluluğu düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca, “İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır... İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye

1294. KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 24.

40 TERCIER ve diğ., s.1646.

değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir”. Rücu sorumluluğunun doğabilmesi için, ilk olarak zararın iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda oluşmuş olması, kaza geçiren kişinin sigortalı olması, zararın iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda meydana gelmesi, kaza ile işveren veya üçüncü kişinin fiili arasında uygun illiyet bağı olması ile işveren veya üçüncü kişinin olayın meydana gelmesinde kusurlu olmaları aranır⁴¹.

Yüksek Mahkeme, iş kazasının meydana gelmesinde işveren ve üçüncü kişinin birlikte kusurlu bulunmaları halinde bunların Kurum’a karşı müteselsilen sorumlu olduklarını kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, müteselsil sorumluluğu TBK’nın haksız fiilden doğan müteselsil borçluluğu düzenleyen 61. ve 62. maddelerine dayandırmaktadır⁴². Düzenlemede, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmaları halinde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme, iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesinde işveren ve üçüncü kişilerin birlikte kusurlu olmaları durumunda, bunların birlikte *Kurum’un zarara uğramasına* yol açtıklarını kabul etmektedir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, meslek hastalığından doğan rücu davalarında meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru olan işverenler, Kurum’a karşı müteselsil borçlu olarak değerlendirilmemektedir. Buna göre,

⁴¹ AKIN, Levent, **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırılık ve Kaçınılmazlık**, Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 4, Temmuz 2013, s. 54. BAŞBUĞ, Aydın, **Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücuu**, Kamu İş, Ankara 1992, s. 64-7. 506 sayılı Kanunun 26. Maddesinde ayrıca iş kazası veya meslek hastalığının işverenin suç sayılır nitelikteki bir hareketi sonucunda meydana gelmesi halinde işverene rücu edilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye 5510 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Öğretide bu durumda örneğin, işverenin koruma amacıyla işyerinde bulundurduğu silahının dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu patlaması ya da yönetimindeki aracın işyeri bahçesinde olan işçiye çarpması gibi hallerde m. 21/I’de maddede düzenlenen rücu imkânına başvurulamayacağı, bu gibi durumlarda ancak üçüncü kişi sıfatıyla m.21/IV’de düzenlenen sorumluluğa gidilebileceği, bu durumun büyük bir eksiklik olduğu ileri sürülmektedir. TURAN, s. 196. İşverenin suç sayılır hareketlerinin pek çok durumda, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı olacağı, bu itibarla düzenlemenin yetersiz olmadığı görüşünde, CİVAN, Rücu, s. 555.

⁴² Y10HD, T. 14.12.2017, E. 2015/21288, K. 2017/8949. Aynı yönde, Y10HD, T. 1.6.2017, E. 2015/16025, K. 2017/4721. Y10HD, T. 27.2.2017, E. 2015/10743, K. 2017/1517(Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası Erişim Tarihi 15.04.2018)

meslek hastalığından doğan rücu davalarında her bir işveren, Kurum’a karşı kusuru oranında sorumludur⁴³.

Bu genel bilgilerden sonra çalışmamızın devamında, müteselsil borçluluğa ilişkin genel kurallar ışığında, iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarında işveren ve üçüncü kişinin Kurum’a karşı müteselsil borçlu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri incelenecektir.

1. Müteselsil Borçluların Belirlenmesi

A. Kurum, İşveren ve Üçüncü Kişinin Sigortalıya Karşı Müteselsil Sorumluluğu

İş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlar değerlendirildiğinde, işçinin bu nedenle uğradığı zarardan işverenin sözleşmeden, üçüncü kişilerin haksız fiil ve Kurumun kanundan doğan sorumluluk hükümleri uyarınca sorumlu olduğu görülür. TBK m. 61 hükmünde de birden çok kişinin aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu durumda, işveren, üçüncü kişi ve Kurumun sigortalı işçiye karşı müteselsilen sorumlu oldukları düşünülebilir.

Bu konuda *Kılıçoğlu*’nun 818 ve 506 sayılı Kanunlar döneminde ileri sürdüğü görüşe göre⁴⁴, Kurum, işveren ve üçüncü kişi sigortalıya karşı ek-
sik teselsül hükümleri uyarınca sorumludur. Şöyle ki; 506 sayılı Kanun m. 26/II uyarınca üçüncü kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde “*İş kazası veya meslek hastalığı, 3 üncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuş-*

⁴³ “Diğer taraftan, kabule göre de; Mahkemece hükme esas alınan kusur raporunda, davalı işveren O... Aydınlatma Sıvama Armatür Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi % 55, diğer davalı işveren ... Dekoratif Cam Ayna ve Metal Kuşlama San. Tic. ... % 45 oranında kusurlu bulunmuş ve davalıların Kuruma karşı toplam % 100 kusur oranına isabet eden tutardan teselsülen sorumlu oldukları kabul edilmiş olup, meslek hastalığında dayalı rücu tazminat davalarında teselsül hükümlerine dayanılamayacağı gözetilip, her işverenin, sadece kendi kusuru oranındaki maddi zarar miktarından sorumlu tutulması gerektiği göz önünde bulundurulmaksızın aynı nitelikte başka işyerlerinde çalışma halinde, davalıların rücu alacağından sorumluluklarının kusur paylarına göre belirlenmesi gerekirken, teselsüle dayalı olarak sorumlu tutulmaları isabetsiz bulunmuştur” Y10HD, T. 11.9.2017, E. 2015/12847, K.2017/5598. (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası Erişim Tarihi: 22.04.2018)

⁴⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, s. 88.

sa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3 üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir” hükmü uygulanır. 506 sayılı Kanunun Borçlar Kanununa atıf yaptığı dikkate alındığında, Kurum, işveren ve üçüncü kişinin, kaza geçiren sigortalıya karşı müteselsil borçlu konumunda olduğu kabul edilmelidir. Zira bu durumda, SSK’nın borcu kanundan, üçüncü kişinin borcu haksız fiilden, işverenin borcu ise sözleşmeden doğmaktadır. O halde, Kurum, işveren ve üçüncü kişinin sorumluluğu Borçlar Kanununda düzenlenen eksik teselsül hükümlerine dayanmalı ve bunun bir sonucu olarak Kurum’un rücu hakkı halefiyetle desteklenmiş nitelik taşımalıdır (818 s. BK 147/I).

Bu görüşün kabulü halinde, Kurum ile işveren ve üçüncü kişi arasındaki ilişki, müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye dayanacak ve işveren ile üçüncü kişinin Kurum’a karşı müteselsil sorumlu olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Zira, borçlar hukukunun genel esasları uyarınca rücuda teselsül değil, pay esaslı geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide müteselsil sorumluluk söz konusu olmaz ⁴⁵.

6098 sayılı Kanun döneminde de, TBK m. 61 hükmünün lafzı dikkate alındığında iş kazası ve meslek hastalığından doğan zarardan Kurum, işveren ve üçüncü kişilerin zarar gören işçiye karşı müteselsilen sorumlu oldukları düşünülebilir. Zira, sigortalı işçinin uğradığı zarardan; Kurum SSGSSK m. 13 vd. hükümleri uyarınca kanun gereği sorumlu iken, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmeyen işveren iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcu gereğince, kazanın meydana gelmesine kusuruyla sebebiyet veren üçüncü kişiler ise haksız fiil uyarınca sorumludur. Bununla birlikte kanımızca, her ne kadar TBK m. 61 hükmü aynı zarardan farklı hukuki sebeplere göre sorumlu olan kişileri müteselsil sorumlu kabul etmişse de, sosyal güvenlik hukukunun kendine özgü amaç ve özellikleri dikkate alındığında varılan bu sonuç yerinde olmayacaktır. Şöyle ki;

Sigortalı işçiye karşı Kurum ile birlikte zarara kusuruyla neden olan işveren ve üçüncü kişilerin müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilseydi, müteselsil borçluların zararın tamamından sorumlu olduklarına ilişkin genel kural uyarınca sigortalı işçi, uğradığı zararın tamamını Kurum’dan talep

⁴⁵ EREN, s. 1229. TERCIER ve diğ., p. 1645. AYAR, /ENGİN, s. 1294. KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 24.

edebilirdi. Oysa ki, bir iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi halinde Kurum tarafından yapılacak yardımların miktar ve sınırı 5510 sayılı Kanunun 16-20 maddelerinde emredici olarak belirlenmiştir. Buna göre, Kurum tarafından sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler ile bağlanan gelirlerin miktarı sigortalı veya hak sahiplerinin uğradıkları gerçek zarara göre değil, Kanunda belirlenen esaslara göre belirlenir. Bu hesaplamalar sonucunda, sigortalı veya hak sahiplerinin uğradığı zararın ancak bir kısmı Kurum tarafından giderilmiş olur. Bu halde aşan zararın kazanın meydana gelmesine kusuruyla sebebiyet veren işveren veya üçüncü kişilerden talep edilmesi gerekir⁴⁶.

Sigortalının kazada hayatını kaybetmesi halinde ise, geride kalan yakınlar sorumlulardan destekten yoksun kalma tazminatı talep etmek suretiyle aşan zararlarını karşılayabilirler. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, desten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek yakınlar ile Kurum tarafından bağlanan ölüm geliri ve yapılan diğer yardımlardan yararlanabilecek hak sahiplerinin her olayda örtüşmemesidir. Zira, ölüm geliri ve diğer yardımları talep edebilecek hak sahipleri 5510 s. Kanun m. 34'te sınırlı sayıda belirlenmişken; desten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek yakınlar için Türk Borçlar Kanununda sınırlı sayıda bir belirleme yapılmamıştır. Buna göre, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek kişiler, destek ile onun desteğinden yoksun kalan kişi arasındaki destek ilişkisine göre belirlenir. Bu itibarla sadece eş, çocuk, ana ve babalar değil; kardeşler, nişanlılar vb. de destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler⁴⁷.

Bunun gibi Kurum tarafından yapılan ödeme ve bağlanan gelirler sigortalının yalnızca maddi zararını giderilmeyi amaçlarken, işveren ve üçüncü kişilere açılacak davalarda maddi tazminat yanında manevi tazminat da talep edilebilir⁴⁸.

İkinci olarak Kurum, sigortalıya karşı işveren ve üçüncü kişilerle birlikte müteselsilen sorumlu olsaydı, sigortalı, uğradığı zararı herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın dilediği borçludan talep edebilirdi. Buna göre,

⁴⁶ BAYCIK, Gaye, **Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler**, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 129-130.

⁴⁷ AKIN, Levent/ŞARDAN, H. Serdar, **Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği**, İstanbul 2011, s. 85.

⁴⁸ AKIN/ŞARDAN, s. 78.

sigortalı, Kurum tarafından yapılması gereken yardımları dilerse Kurum'dan dilerse işveren ya da üçüncü kişiden isteyebilir ve bunlar zararın tamamını gidermekle yükümlü olurdu. Bu halde ödemeyi yapan müteselsil borçlu, fazladan yaptığı ödeme için TBK m. 62 hükmü uyarınca Kurum'a rücu edebilir ve fazladan yaptığı ödemeyi talep edebilirdi. Oysa, TBK m. 55 hükmünde Kurum tarafından yapılması gereken ödemeler ile işveren ve üçüncü kişilerin sorumlu olduğu tazminatın birbirinden tamamen ayrı kurgulandığını gösteren bir düzenleme getirilmiştir.

Düzenleme uyarınca *“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez”*. Buna göre hakim, iş kazası ve meslek hastalığından doğan maddi tazminatı belirlerken, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerini dikkate almayacak; Kurum tarafından rücu edilebilen yardımları ise hesaplanan tazminattan indirecektir⁴⁹. Nitekim uygulamada da, işverenin işçiye karşı sorumluluğu belirlenirken bulunan zarardan Kurum tarafından yapılan yardımlar düşülmekte, hatta sigortalının işveren veya üçüncü kişilere maddi tazminat davası açmadan önce Kurum'a başvurmamış olması halinde davacıya Kurum'a başvurması için süre verilmektedir⁵⁰.

⁴⁹ Düzenlemenin zararın karşılanması ile zararın rücu kavramlarını birbirine karıştırdığı yönündeki eleştiri için bkz. BAYCIK, İSG, s. 144-152.

⁵⁰ *«Yapılacak iş, maddi tazminat isteminde bulunan davacı anne ile davacı babaya çocuklarının iş kazası sonucu vefat etmiş olmaları nedeniyle, iş kazası sigorta kolundan kendilerine gelir bağlanması için Kurum'a başvurmak üzere süre vermek, başvurularının reddi halinde, anne ve babaya SGK Başkanlığı'nı hasım göstererek iş kazası sigorta kolundan kendilerine ölüm geliri bağlanması gerektiğinin tespiti davası açması için önel vermek, dava açılması halinde 6100 Sayılı HMK'nun 165/2. maddesi gereğince bu dava için bekletici mesele yapmak, kesinleşen mahkeme kararı ile dava reddedilmiş ise davacılar anne ve babanın maddi tazminat istemlerinin reddine karar vermek, başvuru üzerine anne ve babaya gelir bağlanmış veya açılan tespit davası kabul edilmiş ve kesinleşmiş ise dosya kapsamındaki 12/02/2015 tarihli bilirkişi hesap raporunda belirlenen maddi zarar tutarlarından anne ve babaya bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerlerinin davalı işverene rücu edilebilecek kısmını tenzil ederek sonucuna göre, manevi tazminat talepleri açısından ise yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda davacılar anne ve babanın manevi tazminat istemlerini değerlendirerek oluşacak sonuca göre bir karar vermekten ibarettir»* Y21HD, T. 12.6.2017, E. 2016/12315, K. 2017/5172. Aynı yönde, Y21HD, T. 17.10.2017, E. 2016/14081, K. 2017/7906. Destekten yoksun kalma tazminatının hesabında rücu davasının sonucunun beklenmesi konusunda

Açıklanan tüm bu nedenlerle, her ne kadar düzenlemenin lafzından Kurum, işveren ve üçüncü kişinin sigortalıya karşı müteselsilen sorumlu oldukları ve bunlar arasındaki ilişkinin müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye dayandığı sonucu çıkıyorsa da, konuya ilişkin diğer yasal düzenlemeler ile sosyal güvenlik hukukunun bağımsız niteliği dikkate alındığında kanun koyucunun Kurum'un yapacağı ödemeler ile işveren ve üçüncü kişiden istenebilecek tazminatı birbirinden ayrı düşündüğü açıktır.

B. İşveren ve Üçüncü Kişinin Kuruma Karşı Müteselsil Borçluluğu

5510 sayılı Kanun ile 6098 sayılı Kanun döneminde verilen Yargı kararları incelendiğinde, işveren ve üçüncü kişinin Kurum'a karşı müteselsil borçlu olduğu kabul edilerek, bu sorumluluğun TBK m. 61-62 hükümlerine dayandırıldığı görülmektedir⁵¹. Buna göre, meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığında kusuru bulunan işveren ve üçüncü kişiler, Kurum'un bu nedenle uğradığı zarar karşısında müteselsil borçlu konumundadır⁵².

Kanımızca, iş kazasından sorumlu işveren ve üçüncü kişilerin Kurum'a karşı müteselsil borçlu olarak kabul edilmesi tartışmaya açık bir konudur. Zira, Yargıtay bu sorumluluğu TBK m. 61 ve 62 hükümlerine dayandırmaktaysa da, yukarıda açıklandığı üzere anılan hükümlerin iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarına uygulanması durumunda varılacak sonuç işveren, üçüncü kişi ve Kurum'un zarar gören işçiye karşı müteselsil borçlu konumunda olduğu ve Kurum'un bu kişilerle arasındaki rücu ilişkisinin müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye dayandığıdır. Buna karşılık

bkz. Y17HD, T.7.4.2016, E. 2015/16377, K. 2016/4387. (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası Erişim Tarihi: 18.04.2018)

51 “Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla neden olmaları durumunda, anılan 50. ve 51. maddeler (6098 sayılı Kanunun 61. ve 62. maddeleri) gereğince teselsül hükümleri kapsamında bu kişilerin birlikte sorumlulukları vardır ve 146. maddeye (6098 sayılı Kanunun 62. maddesine) göre, kendi payından fazlasını ödeyenin diğer müteselsil borçlulara karşı rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla, her bir borçlu yönünden kusurlarına karşılık gelen miktar ayrılmaksızın teselsül kurallarına göre sorumluluklarına karar verilmelidir”. Y10HD, T. 13.06.2016 E. 2016/4692 K. 2016/9775 Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, s. 1693-1699. Aynı yönde, Y10HD, T. 14.12.2017, E. 2015/21288, K. 2017/8949. Aynı yönde, Y10HD, T. 1.6.2017, E. 2015/16025, K. 2017/4721. Y10HD, T. 27.2.2017, E. 2015/10743, K. 2017/1517(Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası Erişim Tarihi 15.04.2018)

52 KORKMAZ, s. 64.

uygulamada, *iç ilişkide teselsül olmaz* kuralına bir istisna getirilerek, Kurum lehine kanunda yer almayan bir ayrıcalık getirilmektedir⁵³.

Bize göre, işveren ve üçüncü kişinin Kurum'a karşı sorumluluğunun kısmi borçluluk olarak değerlendirilmesi uygun olur. Zira, müteselsil borçluluğun söz konusu olabilmesi için, bunun ya taraflar arasında kararlaştırılmış ya da kanunda düzenlenmiş olması gerekir⁵⁴. Hukukumuzda yalnızca ticari işler bakımından müteselsil sorumluluk karinesi vardır⁵⁵. Bunun dışındaki hallerde kural, borçlulardan her birinin toplam ediminin sadece bir kısmından sorumlu olduğu kısmi borçluluktur. Kısmi borçlulukta alacaklı, her bir borçludan, ancak o borçlunun sorumlu olduğu payı talep edebilir. Bu duruma en tipik örnek ise, müteselsil bir borçlunun rücu davasındaki kısmi borç ilişkisidir⁵⁶.

Üstelik, 5510 sayılı Kanun, Kurum'a karşı müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu pek çok durumu özel olarak düzenlemiş olmasına rağmen, iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davaları bakımından böyle bir düzenleme getirmiş değildir. Buna göre, 5510 sayılı Kanun m.12'de işveren vekillerinin, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, asıl işverenin, yazılı sözleşme ile yetki verilmiş olması koşuluyla serbest muhasebeci, serbest muhasebeci malî müşavirler ile yeminli malî müşavirlerin genel olarak sosyal güvenlik mevzuatından doğan yükümlülüklerden işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bu itibarla, sigortalı çalıştırıldığı süresi içinde Kurum'a bildirilmemiş olması durumunda, bildirimden önce meydana gelen iş kazasından işveren vekilleri m. 23 uyarınca işveren ile birlikte sorumlu olur⁵⁷. Bunun dışında, m. 59 ve 71'de Kurum'un zararına neden olan işçi ve işveren dışında kalan mali müşavirler ile Kurum'dan haksız menfaat sağlayan kişilerin müteselsil sorumluluğu; m. 86'da aylık prim ve hizmet belgelerinin verilmesi konusunda işverenle birlikte müteselsil sorumlu olanlar; m. 88'de tüzel kişiliği haiz şirketlerin yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile ka-

53 YAĞCIOĞLU, s. 370.

54 TATAR, s. 2134. DALCI ÖZDOĞAN, s. 61.

55 TTK m. 7/I uyarınca, bu kanunda düzenlenen hususlar ve ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve eylemleri kapsayan ticari işlerde kural aksine anlaşma yoksa müteselsil sorumluluktur. TERCIER ve diğ., p. 1622.

56 TERCIER ve diğ., p. 1604.

57 TATAR, s. 2137.

nuni temsilcilerinin görev süreleriyle sınırlı olarak ödenmeyen prim borçlarından müteselsil sorumluluğu; m. 89'da işyerinin devri halinde devreden ve devralan işverenin Kurum'a karşı müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanunda müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu pek çok durum açıkça düzenlenmişken, iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarında işveren ve üçüncü kişinin sorumluluğunun farklı fıkralarda düzenlenmiş ve aralarında müteselsil sorumluluk olduğuna dair bir ifadeye yer verilmemiş olması karşısında bunların müteselsil borçlu olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Kanımızca yasa koyucunun iradesi de, bu kişilerin sorumluluklarını birbirinden ayrı tutmak yönündedir. Bunun da ötesinde, 506 s. Kanun m. 26/II'de rücu talebinin Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılacağı ifade edilmişken; 5510 s. Kanunda benzer bir hükme yer verilmemiş olması da görüşümüzü destekler niteliktedir.

Bunun dışında öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁵⁸, sosyal güvenlik rücu davalarında Kurum'un haksız fiil mağduru olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. Zira, TBK m. 61-62 düzenlemelerinde müteselsil sorumluluk “zarar gören”e karşıdır. İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle zarar gören sıfatına sahip olan kişi kazaya uğrayan sigortalıdır. Buna karşılık, Kurum'un malvarlığında her ne kadar isteği dışında bir eksilme meydana gelmiş olsa da, bu eksilme anayasal sosyal güvenlik hakkı ve sosyal devlet ilkesi gereği yapılan bir ödemenin sonucudur. Diğer bir ifadeyle, işveren ve üçüncü kişinin Kurum'a karşı işledikleri bir haksız fiil söz konusu değildir. Kanunda böyle bir hak düzenlenmese idi, Kurum'un yaptığı harcamaları işveren ve üçüncü kişilerden haksız fiil hükümlerine dayanarak isteyemeyeceği açıktır⁵⁹. Biz de Kurum'un haksız fiil mağduru olarak değerlendirilemeyeceği görüşündeyiz. Zira, Kurum'a karşı işlenmiş bir haksız fiilden söz edebilmek için, olayda haksız fiilin unsurlarının tam olarak yerine gelmiş olması gerekir. Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun doğması için aranan unsurlar, hukuka aykırı fiil, bu fiilin mağdurun zarara uğramasına yol açması ve fiilin işlenmesinde failin kusurlu olmasıdır. Hukuka aykırı bir fiil sonucunda zarara uğrayan kişinin tazminat isteyebilmesi için, mağdurun zarara uğraması ile ihlal edilen kural arasında “hukuka aykırılık bağı” bulunması

⁵⁸ Aynı yönde bkz. CİVAN, Ersun, *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk*, AÜHFD, 64/4, s. 1055.

⁵⁹ ERGİN, s. 135.

gerekir. Hukuka aykırılık bağı, ihlal edilen kuralın amacının kapsamına o kişinin zarardan korunmasının girmesi olarak tanımlanabilir⁶⁰. Oysa ki, bir kimsenin kusuruyla bir iş kazasının meydana gelmesine sebep olması halinde, ihlal edilen normun koruma amacı kazaya uğrayan sigortalının bedensel bütünlüğünün korunması olup, Kurum'un normun koruma amacı içinde değerlendirilmesi mümkün görülmemelidir. Bu itibarla, iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarına TBK m. 61-62 hükümlerinin uygulanması yerinde değildir.

İleride de açıklayacağımız üzere işveren ve üçüncü kişinin müteselsil borçlu olduğunu kabul eden görüşler, bu sorumluluğun belirlenmesinde Yargıtay tarafından uygulanan esasları eleştirmekte, sorunun çözümünü başka hukuk dallarında kabul görmüş kurumlarda aramaktadır⁶¹. Bu eleştirilerin başında, kazanın meydana gelmesinde çok az kusuru bulunan üçüncü kişiye tek başına sorumlu olacağı miktardan daha fazlası için rücu edilmesinin, hakkaniyete aykırı olduğu gelmektedir⁶². Kanımızca, işveren ve üçüncü kişi arasında müteselsil sorumluluğun bulunmadığının ve her birinin kısmi sorumluluk esasları uyarınca sorumlu olduğunun kabul edilmesi durumunda sorun çözülecek ve öğretideki haklı eleştirilerin dikkat çektiği olumsuzluklar giderilecektir.

2. Kurumun Rücu Hakkının Hukuki Niteliğinin Müteselsil Sorumluluğa Etkisi

A. İşverene Rücu Hakkının Hukuki Niteliği

Genel anlamda rücu, başkasına ait bir borcu ifa eden bir kimsenin, yaptığı ödemeyi bundan yararlananlardan isteyebilmesi anlamına gelir⁶³. Rücu hakkından bahsedilmek için, bunun yasada düzenlenmiş olması aranır. Yasal düzenlemenin olmaması halinde, kişinin yaptığı ödemeyi rücu edebilmesi kural olarak mümkün değildir⁶⁴.

⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 15.

⁶¹ Bu konuda bkz. CİVAN, p. 1057-1059. BAYCIK, Gaye, **Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış**, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2017/I, s. 66-67.

⁶² CİVAN, s. 1054. BAYCIK, s. 66.

⁶³ ERGİN, s. 132. KILIÇOĞLU, s. 13.

⁶⁴ ERGİN, s. 64. CİVAN, Rücu, s. 536.

Halefîyet ise, başkasına ait bir borç dolayısıyla alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını, kanunda belirtilen hallerde ve alacaklıyı tatmin ettiği oranda elde etmesi olarak tanımlanabilir⁶⁵. Genel olarak halefîyet, TBK m. 127 hükmünde “Alacaklıya ödemedede bulunan üçüncü kişi, aşağıda sayılan hallerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur” biçiminde düzenlenmiştir. Halefîyetin söz konusu olabilmesi için, TBK m. 127/II hükmü uyarınca borçlunun, ifade bulunan üçüncü kişinin onun haklarına halef olacağını alacaklıya önceden bildirmesi ya da kanunda halefîyetin özel olarak düzenlenmiş olması gerekir⁶⁶.

Halefîyet ile rücu arasındaki temel fark uygulanacak zamanaşımı süresi ile alacağa bağlı hakların intikali konusunda kendisini gösterir. Buna göre, halefîyette alacak hakkı bütün fer’ileriyle birlikte halef olan üçüncü kişiye intikal eder. Rücu hakkı ise, hak sahibinin şahsında doğan bağımsız bir haktır. Bu itibarla, rücu hakkının mevcut olduğu hallerde zamanaşımı ödemenin yapıldığı tarihte başlarken; halefîyette borcun muacceliyet tarihi, hem asıl alacaklı hem de halef için zamanaşımının başlangıcını oluşturur⁶⁷. Rücu hakkının söz konusu olduğu durumlarda, rücu hakkı sahibi alacağa bağlı hakları borçludan talep edemez. Buna karşılık halefîyette, alacağa bağlı faiz, rehin gibi fer’iler ile alacaklının şahsına bağlı olmayan rüçhan hakları halefe intikal eder. Bunun gibi, basit rücu hakkı sahibi, sigorta poliçesinde aksi belirtilmedikçe, borçlunun sigorta şirketine rücu edemezken; halef alacağını sigorta şirketinden talep edebilir⁶⁸.

506 s. Kanun döneminde olduğu gibi 5510 s. Kanun döneminde de Kurum’un rücu hakkının hukuki niteliği konusunda görüş birliği sağlanamamıştır⁶⁹. Öğretide Kurum’un rücu talebini basit rücu hakkına dayandıranlar olduğu gibi, bunun bir halefîyet olduğunu ileri sürenler de vardır. Bu görüşleri özetleyecek olursak;

⁶⁵ KILIÇOĞLU, s. 7.

⁶⁶ CİVAN, Rücu, s. 536.

⁶⁷ 5510 s. Kanun m. 93’te rücu alacağı bakımından zamanaşımı özel olarak düzenlendiğinden 506 s. Kanun döneminde bu konuda yapılan tartışmalar sona ermiştir. Buna göre, Kurumca açılacak tazminat ve rücu davalarında zamanaşımı, rücu konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf ve ödeme tarihinden itibaren on yıldır. CİVAN, Rücu, s. 537.

⁶⁸ KILIÇOĞLU, s. 13-15. BAYCIK, s. 37. CİVAN, Rücu, s. 538-541.

⁶⁹ Bu konuda yapılan tartışmalar için bkz. Civan, Rücu, s.537-546.

İlk görüşe göre⁷⁰, 5510 s. Kanun m.21'deki “sigortalı ve hak sahiplerinin işveren isteyebilecekleri tutarla sınırlı olmak üzere” ifadesi yalnızca rücu talebine üst sınır getirme amacı taşımakta olup, Kurum'un talebinin halefiyete dayandığını göstermeye yetmez. Halefiyetin kabul edilmesi için, Kanunun bunu açıkça öngörmüş olması gerekir. Oysa, 5510 sayılı Kanunda Kurum'un rücu talebinin halefiyete dayandığına ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Ayrıca, halefiyetin kabul edilmesi Kurum'un lehine de değildir. Zira, halefiyette sigortalının sahip olduğu hak ve yetkiler olduğu gibi Kurum'a geçer. Bu halde, sigortalı işçi veya hak sahiplerinin Kurum tarafından kendilerine gelir bağlanmasından önce işverene dava açıp tazminatlarını almaları ya da işvereni ibra etmeleri durumunda, Kurum rücu hakkından mahrum kalacaktır⁷¹. Öte yandan, halefiyet görüşünü savunanların ileri sürdüğü gibi, Kurum'un rücu hakkının basit rücu olduğunun ileri sürülmesi halinde, Kurum açacağı davada sebepsiz zenginleşme ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanmak zorunda değildir. Zira, borcun kaynakları sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görmeden ibaret değildir. Borçlar, Kanunun kendilerine sonuç bağladığı olgulardan doğarlar ve bu halde Kurum'un rücu hakkı doğrudan 5510 s. Kanun m. 21 hükmünden doğar⁷².

Buna karşılık diğer görüşe göre⁷³, 5510 s. Kanun m. 21 ile TBK m. 55

⁷⁰ ASLANKÖYLÜ, Resul, **Sosyal Sigortalar Kurumunun İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasından Kaynaklanan Rücu Hakkı ve İşverenin Sorumluluğu**, İşveren Dergisi, Özel Eki, Eylül 2005, s. 27-30. AYNI YAZAR, **Kurumun 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun 10. Ve 26. Maddesinden Doğan Rücu Hakkının Hukuksal Temeli**, Kamu İş Dergisi, C.6, S.4/2002, s. 236. BAŞBUĞ, s. 50. TURAN, s. 197. TATAR, s. 2153. Kurum'un dava hakkı açısından değerlendirildiğinde, genel kanının aksine halefiyetin daha avantajlı olmadığı, zira uygulamada işverenlerin iş kazası nedeniyle sigortalıya teminat verdiğine pek rastlanmadığı, aksine birçok olayda işverenin sigortalı tarafından ibra edildiği, bu durumun Kurum'un rücu talebini engellememesi için Yargıtay'ın işverenin ibrasının Kurum'u bağlamayacağı yönünde halefiyetle bağdaşmayan kararlar verdiği görüşünde, GÜNEŞ, Başak, **İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun İşverene Rücu Hakkı**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2011., s. 132-133. Kurumun rücu talebinin basit rücu hakkına dayandığı yönünde, Y21HD, T. 21.03.2016, E. 2015/19707, K. 2016/4709. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası Erişim tarihi: 21.04.2018)

⁷¹ ASLANKÖYLÜ, s. 27. TATAR, s. 2153-2154. BAYCIK, s. 37-38.

⁷² BAŞBUĞ, s. 50. GÜNEŞ, s. 134.

⁷³ TUNCAY, A. Can/ EKMEKÇİ, Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2017 s. 422. GÜZEL, Ali/OKUR, A. Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, B. 16, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 387-389. BAYCIK, s. 40. Bu yönde, Y10HD, T. 28.05.2013, E. 2012/19635, K. 2013/11653. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası Erişim tarihi: 21.04.2018)

hükmü birlikte değerlendirildiğinde Kurum'un talebinin halefiyete dayandığını kabul etmek gerekir. Zira, bir yandan 5510 s. Kanun m. 21'de işverene rücu "*sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarla*" sınırlandırılmışken; diğer yandan TBK m. 55'de Kurum tarafından rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinin destekten yoksun kalma veya bedensel zarardan doğan tazminatlardan indirileceği öngörülmüştür. Buna göre halefiyet, işverenin Kurum'a karşı sorumluluğunun üst sınırını çizmektedir. Diğer bir ifadeyle işveren, Kurum'a karşı sigortalı ve hak sahiplerinin kendisinden isteyebilecekleri miktar (gerçek zarar) kadar sorumludur⁷⁴. Öğretide bu sınır dış tavan olarak adlandırılmaktadır⁷⁵. Yargıtay da iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarında işverenin sorumluluğunun belirlenmesinde dış tavan (gerçek zarar) hesabı yapılmamış olmasını bozma sebebi yapmaktadır⁷⁶.

Rücu talebinin halefiyet esasına dayandığının kabul edilmesi halinde, halefiyete ilişkin kuralların, Kurum'un açacağı rücu davaları bakımından da uygulanması gerekir. Buna göre, sigortalı veya hak sahiplerinin işvereni ibra etmeleri halinde Kurum rücu alacağı sona erer. İkinci olarak, işveren tarafından ifa amacıyla yapılan ödemeler gerçek zarar miktarından düşülür⁷⁷. Üçüncü olarak, sigortalı veya hak sahiplerinin işverene açtıkları maddi tazminat davalarında hükme esas alınan bilirkişi raporunun Kurum'un açtığı rücu davasında da bağlayıcı kabul edilmesi gerekir⁷⁸. Buna karşılık, Yargıtay bazı kararlarında Kurum'un rücu hakkını halefiyete dayandırmasına

⁷⁴ TATAR, 2113. CİVAN, Rücu, s. 537.

⁷⁵ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 430. Esasen dış tavan ile gerçek zarar her zaman birbiriyle örtüşmez. Zira, kazanın veya hastalığın meydana gelmesinde sigortalının da kusurunun olduğu durumlarda müterafik kusur zarardan düşüleceğinden, dış tavan gerçek zarardan daha düşük olur. BAŞBUĞ, Rücu, s. 846.

⁷⁶ Y10HD, T. 1.6.2017, E. 2015/16025, K. 2017/4721. Y10HD, T. 23.5.2016, E. 2015/3049, K. 2016/8198. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası Erişim tarihi: 21.04.2018)

⁷⁷ CİVAN, Rücu, s. 541.

⁷⁸ BAYCIK, s. 38, 50-51. Aksi yöndeki Yargıtay kararları için bkz. "*Davanın yasal dayanağı olan 5510 Sayılı Kanun'un 21. maddesinde düzenlenmiş bulunan rücu davaları, sigortalının alacağından bağımsız, kanundan doğan basit rücu hakkına dayalı olup; sigortalı veya hak sahipleri tarafından tazmin sorumluları aleyhine açılan tazminat davalarında alınan kusur tespitine dair bilirkişi raporuyla ulaşılan sonuçlar, rücu davasında bağlayıcı nitelikte bulunmamakta; 5510 Sayılı Kanun'un 21. maddesi çerçevesinde, işçi sağlığı ve iş güvenliği kuralları yönünden ayrıntılı inceleme içermesi halinde, güçlü delil olarak kabul edilebilmektedir*". Y10HD, T. 4.12.2017, E. 2015/23867, K. 2017/8542. Aynı yönde, Y10HD, T. 23.5.2016, E. 2015/3049, K. 2016/8198. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası Erişim tarihi: 14.04.2018)

rağmen halefiyete ilişkin kurallardan (özellikle işveren tarafından yapılan harici ödemelerin zarardan düşülmesi konusunda) açıklanması zor birtakım gerekçelerle ayrılmıştır⁷⁹. Bu durum, öğretide *Baycık* tarafından isabetle ifade edildiği gibi, rücu borçluları bakımından hakkaniyete aykırı ve hukuk güvenliğini zedeleyen sonuçlar doğmasına neden olmaktadır⁸⁰. Belirtelim ki son dönem kararlarında Yüksek Mahkeme, rücu talebinin basit rücu hakkına dayandığını kabul etmektedir⁸¹.

B. Üçüncü Kişiyi Rücu Hakkının Hukuki Niteliği

Kurum'un işverenden olan talebinin olduğu kadar, üçüncü kişiden olan talebinin hukuki niteliği konusunda da öğretide görüş birliği yoktur. Bu konuda bir görüşe göre⁸², Kurum'un üçüncü kişiye rücunun basit rücu olduğu kabul edilmelidir. Zira, Kanunda işverene karşı talepler bakımından getirilen dış tavan; üçüncü kişiler bakımından düzenlenmemiştir. Yargıtay da, üçüncü kişiye karşı ileri sürülen rücu taleplerinde dış tavan (gerçek zarar) hesabı yapmamaktadır⁸³.

⁷⁹ “Halefiyet ilkesi gereği işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunun kapsamı maddede açıklanmış olup; madde metninde sigortalı veya hak sahibinin “alabileceği” değil, “isteyebileceği” miktardan bahsedilmektedir. Sigortalı ya da hak sahibinin “isteyebileceği” tutar; işverenin yaptığı harici ödemeleri de içeren, dolayısıyla bu ödemelerin mahsup edilmesinden önceki toplam tutarı; “alabileceği” tutar ise tüm ifa amacını taşıyan ödemeler dışlandıktan sonra kalan tutarı ifade etmektedir. Bir başka deyişle; sigortalı veya hak sahibinin isteyebileceği miktar; açtıkları ve kesinleşen tazminat davasında belirlenecek gerçek zarardan ibarettir. Bu nedenle, sigortalı veya hak sahipleri tarafından tazminat davası açılması halinde, kesinleşen tazminat davasında alınan ve 5510 Sayılı Kanun’un 21’inci maddesine uygun şekilde saptanan kusur ile belirlenen gerçek zarar miktarının eldeki rücuan tazminat davasında da Kurum yönünden bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, sigortalı ya da hak sahipleri tarafından herhangi bir tazminat davası açılmamış ise; Mahkemece gerçek zarar tutarının usulünce belirlenmesi gerekeceği açıktır” Y10HD, T. 02.06.2016, E. 2015/5962, K. 2016/9135. Aynı yönde, Y10HD, T. 30.01.2014, E. 2013/25209 K. 2014/1727. Y10HD, T. 15.4.2014, E. 2013/15318, K. 2014/8647. Y10HD, T. 28.5.2013, E. 2012/19635, K. 2013/11653. 24638 (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası Erişim Tarihi: 22.04.2018) Yüksek Mahkemenin söz konusu içtihadının eleştirisi için bkz. BAYCIK, s. 48-49.

⁸⁰ Bu konudaki eleştiriler için bkz. BAYCIK, s. 35-43.

⁸¹ Bu yöndeki kararlar için bkz. Y10HD, T. 4.12.2017, E. 2015/23867, K. 2017/8542. Y10HD, T. 21.9.2016, E. 2016/7997, K. 2016/11437 (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası Erişim Tarihi: 22.04.2018)

⁸² TURAN, s. 202.

⁸³ “İşveren veya üçüncü kişiye karşı açılan davalarda 5510 sayılı Kanunun 21. maddesine göre rücu alacağından sorumluluk belirlenirken kural olarak,..., üçüncü kişi bakımından 4. fıkra

Buna karşılık öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre⁸⁴, üçüncü kişiye yapılan rücu talebinin de halefiyet esasına dayandığı kabul edilmelidir. Zira, Kurum tarafından zarara neden olan kişilere rücuunun amacı, Kurum'un malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesidir. İşveren ve üçüncü kişilerin Kurum'a karşı sorumluluğu, sigortalı veya hak sahipleri tarafından kendilerine karşı açılan tazminat davalarında TBK m. 55 uyarınca tazminattan indirim sebebi olmaktadır. TBK m. 55'in uygulanması bakımından işveren ve üçüncü kişiler arasında bir ayırım yapılmadığına göre, dış tavan (gerçek zarar) hesabı bakımından da böyle bir ayırım yapılmaması gerekir. Tazminat hukukunun genel esasları uyarınca bir kişinin kusuruyla neden olduğu zarardan daha fazlasından sorumlu tutulması mümkün olmadığına göre, her bir sorumlunun neden olduğu gerçek zarar kadar sorumlu tutulması esastır. Bunun da ötesinde, sigortalının emeğinden yararlanan işverenin sorumluluğu bakımından dış tavan sınırlaması getirilirken, sigortalı ile arasında böyle bir ilişki bulunmayan üçüncü kişinin sorumluluğuna dış tavan sınırlaması getirilmediğini söylemek hakkaniyet ve dikey eşitlik ilkesine de aykırıdır.

C. İşveren ve Üçüncü Kişinin Birlikte Sorumlu Olduğu Hallerde Durum

Kurumun rücu hakkının hukuki niteliğinin işveren ve üçüncü kişiler bakımından farklı şekilde değerlendirilmesi, üçüncü kişi ile işverenin birlikte sorumlu olduğu hallerde talebin yöneltileceği kişiye göre rücu hesabının değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Zira, yukarıda da açıklandığı üzere Yüksek Mahkeme talebin işverene yöneltildiği hallerde dış tavan (gerçek

gereğince gerçek zarar gözetilmeksizin gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı benimsenmelidir" Y10HD, T. 13.06.2016 E. 2016/4692 K. 2016/9775 Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, s. 1693-1699. Aynı yönde, Y10HD, T. 1.6.2017, E. 2015/16025, K. 2017/4721. Y10HD, T. 23.5.2016, E. 2015/3049, K. 2016/8198. (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası Erişim Tarihi: 22.04.2018)

⁸⁴ CİVAN, Rücu, s. 544. BAYCIK, s. 41-42. 506 sayılı Kanun döneminde, üçüncü kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde m.26/II "İş kazası veya meslek hastalığı, 3 üncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3 üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir" hükmü uyarınca Borçlar Kanununa atıf yapılmıştır. Bu itibarla, üçüncü kişinin sorumluluğu, Borçlar Kanununda düzenlenen eksik teselsül hükümlerine dayanır. Kurum ile zarardan sorumlu kişiler sigortalı karşısında eksik teselsül hükümlerine göre sorumlu olduğundan, Kurum'un rücu hakkı halefiyetle desteklenmiş nitelik taşımaktadır. KILIÇOĞLU, s. 88.

zarar) hesabı yapmakta; ancak üçüncü kişiye rücu edilmesi halinde dış tavan hesabına gerek olmadığını kabul etmektedir. Öğretide de isabetli olarak ifade edildiği üzere, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işveren ile üçüncü kişinin birlikte kusurunun bulunması halinde, söz konusu kişiler Kuruma karşı müteselsil borçlu kabul edildiğinden işverene ve üçüncü kişiye yapılacak rücu bakımından aynı esasların uygulanması, bu kişilerin sorumluluğunda ortak bir sınır çizilebilmesi açısından isabetli olacaktır⁸⁵. Gerçekten de üçüncü kişiye başvurulmuş hallerde dış tavan hesabı yapılmaması daha sonra işveren ve üçüncü kişi arasındaki iç ilişkide sorun arz edebilecektir.

3. İşveren ve Üçüncü Kişinin Müteselsil Sorumluluğunun Kapsamı

İş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarında sorumluların müteselsil sorumlulukları konusunda yapılan harcama ve ödemeler bakımından bir farklılık yoktur. Bu itibarla, yapılan harcama ve ödemeler yönünden işveren ve üçüncü kişiler toplam kusurlarına denk düşen oranda sorumlu tutulur⁸⁶. Buna karşılık bağlanan gelirlerin rücu yönünden Yüksek Mahkeme, müteselsil sorumluluk sınırını işveren ve üçüncü kişiler için farklı çizmekte ve üçüncü kişinin müteselsilen sorumlu olacağı tutarı 5510 s. Kanun m. 21/IV uyarınca sınırlandırmaktadır. Zira, hükümde üçüncü kişiden istenebilecek gelirler bakımından bir sınırlandırma getirilmiştir. Buna göre, Kurum, bağlanan gelirin başladığı tarihteki “*ilk peşin sermaye değerinin yarısı*” nı üçüncü kişilere rücu edebilir.

Esasen Kurum’un rücu hakkının ilk defa düzenlendiği 4772 sayılı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanununun m. 37/son “*Haksız eylemi ile kazaya sebep olan üçüncü kişiler de işveren veya vekili gibi sorumludur*” hükmü ile işveren ve üçüncü kişiye rücu bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır⁸⁷. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde de “*İş kazası veya meslek hastalığı 3üncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden oluşmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bun-*

⁸⁵ CİVAN, Rücu, s. 545.

⁸⁶ CİVAN, s. 1051.

⁸⁷ BAŞBUĞ, Aydın, *Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Hakkı ve Buna Bağlı Bazı Temel Sorunlar*, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul: Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 816.

ları çalıştıranlara *Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir*” hükmü ile üçüncü kişilerin rücu sorumluluğunun miktarı bakımından bir sınırlama getirilmiş değildir (m.26)⁸⁸. Buna karşılık, 5510 sayılı Kanunda üçüncü kişilerin rücu sorumluluğu yapılan ödemeler bakımından işverenle aynı kabul edilmişse de, bağlanan gelirlerden sorumluluğu ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile sınırlandırılmıştır. Söz konusu hüküm eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüştür. AYM Anayasa’nın 2, 49 ve 60. maddeleri yönünden yaptığı inceleme sonucunda “*Anayasa’nın 2. maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet, toplumdaki güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve toplum dengesini sağlamakla yükümlü devlettir. İtiraz konusu kural uyarınca, iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, SGK tarafından bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı üçüncü kişiden tahsil edilmekte, diğer yarısı ise SGK üzerinde kalmaktadır. Böylece sosyal devlet ilkesine uygun olarak, çoğunlukla SGK’nın sigortalısı olup prim ödeyen, kusurlu davranışı ile iş kazası, meslek hastalığı veya hastalığa neden olan üçüncü kişilerin, çalışma yaşamlarını sürdürebilmeleri ve prim ödemeye devam etmeleri sağlanarak, ücretli olan bu kişilerin altından kalkamayacakları büyük külfetler altına girmeleri önlenmek istenmiştir... SGK’nın rücu alacağının hesaplanmasında, emek gelirleri düşük olan ve SGK’ya prim ödeyen üçüncü kişilerin karşılaştıkları sosyal riskler karşısında yoksulluğa düşmemeleri için sorumluluklarının işverene göre daha hafif olarak belirlenmesi ve SGK’nın yapacağı giderlerin bir kısmının Devlet tarafından karşılanması Anayasa’nın yukarıda anılan maddeleriyle uyum içindedir*” gerekçesiyle itiraz konusu kuralın Anayasa’ya uygun olduğuna karar vermiştir⁸⁹.

Buna karşılık 506 sayılı Kanun döneminde, işverenin sorumluluğu 506 s. Kanun m. 22’de gösterilen tarife uyarınca hesaplanacak tutar ile sınırlandırılmış iken üçüncü kişiler bakımından böyle bir sınırlama getirilmemiş olması nedeniyle üçüncü kişilerin sorumluluğunun işverenlerin sorumluluktan daha geniş tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş, ancak AYM az önce yer verdiğimiz içtihadın aksine “*birinci fıkra kuralının maddenin ikinci fıkrasındaki kurala göre de eşitsizlik yaratarak Anayasa’nın*

⁸⁸ BAŞBUĞ, Rücu, s. 822.

⁸⁹ AYM, K. 15.3.2012, E.2011/128, K.2012/40, R.G. Tarih-Sayı. 26.06.2012-28335 <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim Tarihi: 25.04.2018)

12 nci maddesine aykırı düştüğü düşüncesi de doğru değildir; çünkü, işveren Sosyal Sigortalar Kurumuna prim ödediği için onun Kuruma karşı daha hafif biçimde sorumlu tutulması da, daha önce prim ödemiş bulunmayan üçüncü kişinin ise genel kurullara göre daha ağır biçimde sorumlu olması da olağandır ve işveren yararına olan bu durum haklı nedene dayanmaktadır” gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir⁹⁰.

Öğretide de isabetli olarak ifade edildiği gibi, Anayasa Mahkemesi’nin birbiriyle çelişen bu iki kararı kafa karıştırıcıdır⁹¹. Bunun gibi, üçüncü kişilerinin sorumluluğunu sınırlandırmasına gerekçe olarak bu kişilerin ekonomik açıdan güçsüz olmalarının gösterilmesi isabetli değildir. Zira, üçüncü kişi kapsamına üreticiler, yapı denetim kuruluşları, araç sürücüleri ve işletenleri, üçüncü kişilerin işverenleri gibi yüksek gelirli geniş bir kesim girmektedir⁹². Öte yandan söz konusu hüküm, rücu talebinin müteselsil sorumluluğa dayanılarak üçüncü kişiye yöneltildiği davalarda, Yargıtay tarafından işveren ve üçüncü kişilerin müteselsil sorumluluklarının farklı belirlenmesine yol açmaktadır. Çalışmamızın devamında Yargıtay’ın müteselsil sorumluluk sınırının belirlenmesine ilişkin içtihadı değerlendirilecektir.

A. Yüksek Mahkemenin 2015 Yılı Öncesi İçtihadı

Yüksek Mahkeme, 2015 yılı öncesinde verdiği kararlarda Kurum’un rücu talebinin işverene yöneltilmesi durumunda işverenin, gelirin peşin sermaye değerinin üçüncü kişi ile kendi kusuru toplamıyla çarpılması sonucu bulunacak miktardan sorumlu olduğunu kabul etmekteydi⁹³. Örneğin

⁹⁰ AYM, T.23/5/1972, E. 1972/2, K. 1972/28 RG Tarih/Sayı. 21.11.1972/14368 <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (Erişim Tarihi: 25.04.2018)

⁹¹ CİVAN, s. 1032.

⁹² CİVAN, s. 1032.

⁹³ “Bu durumda işveren; sigortalı ya da hak sahibinin işverenden isteyebileceği gerçek zararı aşmayan ilk peşin sermaye değerinin müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşeninden sorumludur. Üçüncü kişinin ise ilk peşin sermaye değerinin yarısının müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşen tutarından sorumlu olması gerekecektir” Y10HD, T.17.12.2013, E. 2013/3358, K. 2013/24638. Aynı yönde, Y10HD, T. 15.4.2014, E. 2013/15318, K. 2014/8647. Y10HD, T. 25.3.2014, E. 2014/2253, K. 2014/6799. Y10HD, T. 26.9.2013, E. 2011/16685, K. 2013/17483. (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası Erişim Tarihi 20.04.2018) Öte yandan Yüksek Mahkeme’nin, sigortalının kusurunun bir kısmına işverenin katlanması gerektiğini kabul eden kararları da vardır. Bu konuda bkz. Y10HD, T. 08.07.2014, E. 2014/10546, K. 2015/16615 (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası Erişim Tarihi 25.04.2018)

Kurum tarafından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin 100.000 TL ve işverenin kusurunun %50, üçüncü kişinin kusurunun ise %30 olduğunu varsaydığımızda, Kurum işverenden **100.000TL x (%50+ %30) = 80.000 TL** talep edebiliyordu. Oysa Kurum'un işveren ve üçüncü kişiye ayrı ayrı başvurması halinde talep edebileceği miktar işverenden **100.000TL x %50 = 50.000 TL** (ilk peşin sermaye değerinin tamamı x işverenin kusur oranı); üçüncü kişiden talep edebileceği miktar ise **50.000 TL x %30 = 15.000TL** (ilk peşin sermaye değerinin yarısı x üçüncü kişinin kusuru), yani toplamda **65.000 TL** idi.

Yüksek Mahkemenin bu içtihamı işvereni sonradan rücu edemeyeceği bir miktarı Kurum'a ödemek zorunda bıraktığı, sosyal devlet ilkesi, hakkaniyet ve işverenin mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹⁴. Gerçekten de, yukarıdaki örnekte işveren ödediği 80.000 TL'nin 50.000 TL'sinden sorumlu olmasına rağmen üçüncü kişiden kalan 30.000 TL'yi istemeyecektir. Zira, üçüncü kişinin sorumluluğu gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısının kusuruna tekabül eden kısmıyla, bu örnek bakımından 15.000 TL ile sınırlıdır.

B. Yüksek Mahkemenin Güncel İçtihamı

Yüksek Mahkeme güncel içtihamlarında, müteselsil borçlulardan işverene rücu edilmesi halinde, işverenin sorumlu olacağı miktarın, gerçek zararı aşmamak kaydıyla Kurumca sigortalı ya da hak sahiplerine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin kendi kusuruna tekabül eden kısmı ile ilk peşin sermaye değerinin yarısının üçüncü kişinin kusuruna tekabül eden kısmının yarısı kadar olacağını kabul etmektedir⁹⁵.

⁹⁴ BAYCIK, s. 64. CİVAN, s. 1054.

⁹⁵ “Davalı işverenin kusur oranının %60 olarak tespit edildiği, bu oran içinde davaya konu iş kazası sebebiyle ceza yargılamasında kusurlu bulunarak cezalandırılmalarına karar verilen üçüncü kişilerin de toplam % 15 oranında kusurlarının bulunduğu, dolayısıyla işverenin kendi kusur oranının % 45 olduğu nazara alındığında üçüncü kişi ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı tutarın; 5510 Sayılı Kanun’un 21/1. fıkrası gereğince kendi kusur payı gözetilerek sorumlu tutulacağı miktarın (hak sahiplerine bağlanan ve her biri gerçek zararı aşmayan gelirlerin ilk peşin sermaye değerleri toplamı 185.036,25 TL x işverenin kendi kusur oranı % 45= 83.266,30 TL), üçüncü kişinin 4. fıkraya göre sorumlu olacağı tutar (hak sahiplerine bağlanan ve her biri gerçek zararı aşmayan gelirlerin ilk peşin sermaye değerleri toplamının yarısı 92.518,12 TL x üçüncü kişilerin kusur oranı % 15= 13.877,71 TL) ile toplamı (83.266,30 TL+13.877,71 TL = 97.144,00 TL) olduğu hesaplanmaktadır”

Yukarıdaki örnekten devam edecek olursak, Yüksek Mahkeme'nin güncel içtihatlarına göre Kurum, işverene ($100.000\text{TL} \times \%50 = 50.000\text{ TL}$) + ($50.000\text{ TL} \times \%30 = 15.000\text{TL}$) = **65.000 TL** rücu edebilecektir. Bu değişiklik Yargıtay tarafından, *“bu yaklaşım ve uygulama, işvereni, iç ilişkide üçüncü kişiye rücu edemeyeceği miktarı Kuruma ödemek zorunda bırakmadığından da hakkaniyete uygundur”* biçiminde gerekçelendirilmiştir⁹⁶. Gerçekten de, işveren ve üçüncü kişinin Kurum'a karşı müteselsil sorumlu olduğunun kabulü halinde söz konusu hesaplama, işveren, fazladan ödediği kısmı üçüncü kişiye rücu edebileceğinden daha isabetlidir. Yargıtay'ın bu içtihadı ile Kurum'un haksız kazanç elde etmesinin önüne geçilmiştir⁹⁷. Müteselsil borçluluğun amacı, alacaklının borçlulardan dilediği birinden alacağın tamamını isteyebilmesine imkan vermektir. Müteselsil borçluluğun, bunun dışında alacaklının normalde elde edebileceğinden daha büyük bir kazanç elde etmesini sağlamak gibi bir amacı yoktur. Bu itibarla, işverenin, Kurum'un işveren ve üçüncü kişiden toplamda talep edebileceği miktar kadar sorumlu tutulmasını öngören söz konusu içtihat değişikliği isabetlidir.

Buna karşılık Yüksek Mahkeme, Kurum'un müteselsil sorumlulardan üçüncü kişiye başvurması halinde, bu kişinin sorumluluğunun gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile işveren ve üçüncü kişinin kusurları toplamının çarpımı kadar olacağını kabul etmektedir. Yukarıdaki örneğimizden devam edecek olursak Kurum, üçüncü kişiye başvurması halinde **50.000 TL x %80 = 40.000 TL** (ilk peşin sermaye değerinin yarısı x işveren ve üçüncü kişinin kusurları toplamı) rücu edebilecektir. Yüksek Mahkeme söz konusu içtihadıyla m. 21/IV hükmünü üçüncü kişinin müteselsil sorumluluğunu yasal olarak sınırlandıran bir hüküm olarak yorumlamaktadır⁹⁸.

Y10HD, T. 14.12.2017, E. 2015/21288, K. 2017/8949. Aynı yönde, Y10HD, T. 1.6.2017, E. 2015/16025, K. 2017/4721. Y10HD, T. 27.2.2017, E. 2015/10743, K. 2017/1517. Y10HD, T. 23.5.2016, E. 2015/3049, K. 2016/8198. Y10HD T. 2.5.2016, E. 2015/4800, K. 2016/7085. (Kazancı İctihat ve Mevzuat Bankası Erişim Tarihi 20.04.2018). Y10HD, T. 13.06.2016, E.2016/4692, K. 2016/9775 Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, s. 1693-1699.

⁹⁶ Y10HD, T. 13.06.2016 E. 2016/4692 K. 2016/9775 Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, s. 1693-1699.

⁹⁷ BAYCIK, s. 65-66.

⁹⁸ Müteselsil borçlulardan birinden zararın tamamının istenmesinin ağır olduğu ve adil olmadığı durumlarda yasal tam müteselsil sorumluluk yerine sorumluluğun bir tavanla sınırlandırılabilirliği yönünde bkz. KARAYALÇIN, s. 111.

C. Üçüncü Kişinin Sorumluluğunu Sınırlandıran m. 21/IV hükmüne İlişkin Değerlendirmemiz

5510 sayılı Kanun m. 21/IV hükmünde üçüncü kişinin sorumluluğunun sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile sınırlandırıldığını ve Yüksek Mahkeme'nin bu hükümden hareketle, işveren ile üçüncü kişinin Kurum'a karşı müteselsil borçlu olduğu hallerde dahi, üçüncü kişinin sorumluluğunun bu sınırı geçemeyeceğini kabul ettiğini ifade etmiştik.

Yüksek Mahkeme, işveren ve üçüncü kişinin iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde birlikte kusurlu olmaları halinde, Kurum tarafından tahsis edilen gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısını yalnızca üçüncü kişinin değil, işverenin kusur oranıyla da çarparak, üçüncü kişinin müteselsil sorumluluğunun bu çarpım sonucunda bulunan miktarla sınırlı olduğunu kabul etmektedir. Yukarıda verilen örneği hatırlayacak olursak, işverenin %50, üçüncü kişinin %30 ve sigortalının %20 kusurlu olduğu ve ilk peşin sermaye değerinin 100.000 TL olduğu varsayımında, Kurum'un işveren ve üçüncü kişiye ayrı ayrı rücu etmesi durumunda üçüncü kişinin sorumluluğu $(100.000\text{TL}/2) \times \%30 = 15.000 \text{ TL}$ ve işverenin sorumluluğu $100.000 \text{ TL} \times \%50 = 50.000 \text{ TL}$, Kurum'un rücu edebileceği miktar toplamda **65.000 TL**'dir. Buna karşılık, sigortalıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin, yalnızca müteselsil borçlu konumundaki üçüncü kişiye rücu edilmesi durumunda, Kurum'un rücu talebi bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısının işveren ve üçüncü kişinin kusurlarına tekabül eden kısmı kadar olabilecektir. Buna göre Kurum, $(100.000\text{TL}/2) \times (\%50 + \%30) = 40.000\text{TL}$ için üçüncü kişiye başvurabilecektir. Kurum'un işveren ve üçüncü kişiye ayrı ayrı başvurması durumunda rücu alacağı **65.000 TL** iken, yalnızca müteselsil borçlu üçüncü kişiye başvurma halinde rücu edilebilecek miktarın **40.000 TL** olarak bulunması, hesaplama yapılırken işverenin kusur oranının gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile çarpılmasından kaynaklanmaktadır.

Buna karşılık biz, 5510 s. Kanun m. 21/IV hükmünün iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan üçüncü kişilerin sorumluluğuna azami sınır getiren bir düzenleme olarak da yorumlanabileceği kanaatindeyiz⁹⁹. Bu durumda, işveren ve üçüncü kişinin rücu sorumluluğu ayrı ayrı hesaplanarak, üçüncü kişinin hesaplanan rücu alacağından

⁹⁹ CİVAN, s. 1033.

müteselsil sorumluluğunun Kurum tarafından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin en fazla yarısı kadar olduğu kabul edilecektir. Aynı örnekten ilerlersek, olayda Kurum tarafından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri **100.000 TL**, işveren ve üçüncü kişiye kusurları oranında rücu edilebilir toplam miktar ise **65.000 TL**'dir. Ancak, üçüncü kişinin sorumluluğu bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin en fazla yarısıyla sınırlı olduğundan, Kurum müteselsil borçlu konumundaki üçüncü kişiye **100.000 TL / 2 = 50.000 TL** için başvurabilecektir. Yüksek Mahkeme'nin uygulamasına göre ise, Kurum bu halde müteselsil borçlu üçüncü kişiye en fazla **40.000 TL** rücu edebilmektedir.

4. Rücu Davalarında Bireysel İndirim Sebeplerinin İleri Sürülmesi (Farklılaştırılmış Teselsül)

Öğretide, bilhassa üçüncü kişinin kusurunun az olduğu hallerde rücu hesabının üçüncü kişi aleyhine hakkaniyete, sosyal devlet ilkesine ve mülkiyet hakkına aykırı sonuçlar doğurduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁰. Zira, işverenin ödeme gücüne düştüğü ya da tüzel kişiliğinin sona erdiği durumlarda Kurum'a ödemede bulunan üçüncü kişi fazladan ödediği miktarı işveren-den isteyememekte ve tüm yük onun üzerinde bırakılmaktadır¹⁰¹. Buna göre hakkaniyete aykırı bu tür sonuçların önüne geçebilmek için TTK m. 557'de düzenlenen farklılaştırılmış teselsül rücu davalarında uygulanabilir¹⁰². Farklılaştırılmış teselsülde, her bir zarar veren dış ilişkide kişisel defileri ileri sürmek suretiyle diğer zarar verenlere oranla daha az tazminat öder¹⁰³. Diğer bir ifadeyle, farklılaştırılmış teselsülde iç ilişkide ileri sürülebilecek olan kusurun derecesine ilişkin değerlendirme, dış ilişkide alacaklıya karşı da ileri sürülebilir¹⁰⁴. Bu görüşü savunanlara göre, farklılaştırılmış teselsülün rücu davalarında uygulanabilmesi için özel düzenlemeye ihtiyaç yoktur. TBK m. 50-51 ile 164'de düzenlenen "*Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun*

¹⁰⁰ BAYCIK, s. 64- 65. CİVAN, s. 1054.

¹⁰¹ CİVAN, s. 1054.

¹⁰² CİVAN, s. 1057-1059. BAYCIK, s. 66.

¹⁰³ TATAR, s. 2117.

¹⁰⁴ HELVACI, Mehmet, **Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, s. 84. CİVAN, s. 1033.

sebeup ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir" hükmünün yorumu yoluyla da farklılaştırılmış teselsüle ulaşılabilir¹⁰⁵.

6098 sayılı Kanunun yasalaşması sırasında TBK Tasarısı m. 60/II'de müteselsil borçlulukta dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin sunulmasına imkan tanıyan "*müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlıdır*" düzenlemesi getirilmiş, ancak bu hüküm sonradan Tasarı'dan çıkarılarak kanun metnine alınmamıştır¹⁰⁶. Hüküm kanuna alınmamasının gerekçesi "*Tasarının 60'ncı maddesinin son fıkrası, zincirleme sorumluluğun hukuki yapısına ilk bakışta aykırı görüldüğü ve uygulamada sorun doğurmaya elverişli bulunduğu için madde metninden çıkarılmış ve teselsül nedeniyle 61'inci madde olarak kabul edilmiştir*" biçiminde açıklanmıştır. Buna karşılık, 6102 sayılı TTK m. 557 hükmünde Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğunda farklılaştırılmış teselsül kabul edilmiştir. Böylece, İsviçre Borçlar Kanununun konuyu düzenleyen 759. maddesinin, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 557'ye alınmasıyla, farklılaştırılmış teselsül (*la solidarité différenciée*) hukukumuzda ilk defa açık bir biçimde düzenlenmiştir¹⁰⁷. Düzenleme uyarınca yönetim kurulu üyeleri, kusurlarına ve durumun gereklerine göre, zarar kendilerine şahsen yükletilebildiği ölçüde bu zarardan diğerleri ile birlikte sorumlu olurlar. İsviçre hukukunda da İBK m. 759/I hükmünde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından farklılaştırılmış teselsül kabul edilmiş; ancak İsviçre Borçlar Kanununun 50. maddesinde bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide sürülebileceğine ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumdan hareketle İsviçre hukukunda farklılaştırılmış teselsülün genel olarak tüm müteselsil borç ilişkilerine uygulanamayacağı ileri sürülmektedir¹⁰⁸.

Farklılaştırılmış teselsülün söz konusu olduğu durumlarda, alacaklı aynen mutlak teselsülde söz konusu olduğu gibi borçluların bir veya birkaçı-

¹⁰⁵ KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 39. DALCI ÖZDOĞAN, s. 135. BAYCIK, s. 66-67.

¹⁰⁶ Hüküm kanunlaştırılmamasının yerinde olmadığı görüşünde bkz. KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 41. Hüküm eleştirisi için bkz. KILIÇOĞLU, s. 172.

¹⁰⁷ HELVACI, s. 77. Belirtelim ki, müteselsil borçluların bireysel indirim sebeplerini alacaklıya karşı ileri sürebilecekleri TTK düzenlemesinden çok önce, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde borçlar hukukçuları tarafından savunulmuştur. Bu konuda bkz. TEKİNAY ve diğ., s. 702.

¹⁰⁸ Bu görüşteki yazarlar için bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s.168. Türk hukuku bakımından aksi görüşte bkz. KIRCA, Müteselsil Sorumluluk, s. 39, 42. DALCI ÖZDOĞAN, s. 135. BAYCIK, s. 66-67.

na başvurmakta serbesttir. Buna karşılık farklılaştırılmış teselsülü, mutlak teselsülden ayıran temel özellik, her bir borçlunun kusuru, eylemin sonuca etkisi ve durumun gerekleri gibi sorumluluğu azaltan sebepleri dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürebilmesidir. Buna göre, dış ilişkide sorumlulardan her biri zarara tek başına sebep olsaydı ne miktara hükmedilecektiye daha fazlasından sorumlu tutulamaz¹⁰⁹.

Farklılaştırılmış teselsülde iç ilişki ve dış ilişkideki kusur oranları farklı şekillerde hesaplanır. Rücu davası zarar görenin müteselsil borçlulara açtığı davadan tamamen ayrı bir süreç olduğundan, ilk davaya ilişkin verilen hüküm rücu davaları bakımından bir etki doğurmaz. Bu itibarla, sorumluların dış ilişkide alacaklıya karşı sorumlu oldukları miktar ile iç ilişkideki kendilerine başvurulabilecek miktar farklı olabilir. Dış ilişkide, her bir borçlunun kusuru, zarar gören ile ilişkisine göre tespit edilir. Sorumluların kusurları birbiriyle karşılaştırılmaz. Buna göre, dış ilişkide kusurun, müteselsil borçlular arasında örneğin %30, %60, %10 gibi %100'e tamamlanacak şekilde paylaştırılması söz konusu değildir. İç ilişkide ise nihai zarar paylaşımını yapabilmek için her bir sorumlunun birbiri karşısındaki durumu belirlenir¹¹⁰.

Farklılaştırılmış teselsülle ilgili olarak, *Helvacı* tarafından verilmiş bir örneği ele alalım:

Zarar, 300.000 TL'dir. Yönetim kurulu üyeleri (A), (B), (C) ve (D)'dir.

Dış İlişkide:

(A): Kusursuz,

(B): % 100 Kusurlu

(C) ve (D): %30'ar kusurludur.

Zararın tamamı, dış ilişkide % 100 kusurlu bulunan (B) tarafından ödenmiştir.

İç İlişki:

(B): % 70 oranında sorumlu,

(C) ve (D): Her biri % 15 oranında sorumludur.

Bu örnekte, (B), iç ilişkide kendisine düşen ($300.000 \times 70/100 =$) **210.000 TL**'den **90.000 TL** fazla ödemiştir. Bu durumda, (B)'nin (C) ve (D) aleyhine

¹⁰⁹ HELVACI, s. 88. KARAYALÇIN, s. 118. DALCI ÖZDOĞAN, s. 164.

¹¹⁰ HELVACI, s. 89, 92. DALCI ÖZDOĞAN, s. 159-160.

açacağı rücu davasında, (C) ve (D), ayrı ayrı **45.000 TL**’ye mahkum edilebilecektir¹¹¹.

Görüldüğü gibi farklılaştırılmış teselsülde her bir borçlunun dış ilişki-deki kusur oranı, alacaklı karşısındaki durumuna göre ayrı ayrı belirlenmektedir. Böyle olunca, müteselsil borçluların toplam kusuru %100’ü geçebilmekte, iç ilişkide ise %100 oranından sorumluluk dağıtılmaktadır. Oysaki iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklı rücu davalarında, sorumluların ve varsa sigortalının kusuru %100 oranı üzerinden dağıtılarak, her bir sorumludan istenebilecek rücu alacağı belirlenmektedir¹¹². Diğer bir ifadeyle, müteselsil borçlu olduğu kabul edilen işveren ve üçüncü kişinin her birinin Kurum’a karşı sorumluluğu ayrı ayrı değerlendirilmemekte, her birinin kusuru (farklılaştırılmış teselsülde iç ilişkide sorumluluğun paylaştırılmasında olduğu gibi) bunların birbirleri karşısındaki durumları karşılaştırılarak belirlenmektedir.

Görüldüğü gibi iş hukukunda kusur hesabı, ticaret hukukundaki farklılaştırılmış teselsül hesabından tamamen farklıdır. Bunun da ötesinde, farklılaştırılmış teselsül uygulamasının borçlar hukuku yönünden uygulanabilirliğini değerlendiren görüşler de, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceğinin kabulünün müteselsil borçlulukta iç ve dış ilişkinin birbirine karıştırılmasına neden olabileceğini ifade etmektedir¹¹³. Borçlar hukuku bakımından dahi uygulanabilirliği konusunda görüş birliğine varılmamış olan farklılaştırılmış teselsülün, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun açacağı rücu davalarında işveren ve üçüncü kişiler bakımından uygulamak kanımızca

¹¹¹ HELVACI, s. 93.

¹¹² “Mahkemece, davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin %10, davalı ... Enj. İnş. Proj. Taah. San. Tic. Ltd. Şti’nin %70 ve müteveffa sigortalının %20 oranında kusurlu olduğu kabul edilerek davanın kabulüne dair hüküm kurulmuştur” Y10HD, T. 18.9.2017, E. 2015/17636, K. 2017/5824. “Eldeki davaya konu olayda, mahkemece, 2 tane bilirkişi raporu alınmış; 09.04.2014 tarihli ilk raporda işverene %50,ölen sigortalıya % 40, lokomotif binen diğer işçiler ... ve ...’e ayrı ayrı %2,5 ve lokomotif kullanıcısı ...’e ise %5 oranında kusur verilmiştir. 05.02.2015 tarihli ikinci raporda ise işverene %55 kusur verilmiş ve ayrıca ölen sigortalıya %40 ve lokomotif sürücüsü ...’e %5 oranında kusur verilmiş,diğer işçiler ... ve ...’e ise kusur verilmemiştir” Y10HD, T. 1.6.2017, E. 2015/16025, K. 2017/4721. “Mahkemece, davalı işveren şirketi %60, davalı Kamyon sürücüsü ...’yı %20, sigortalıyı %20 kusurlu kabul eden kusur raporu esas alınarak, ıslah edilen tutar yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir” Y10HD, T. 12.05.2016, E. 2016/1938, K. 2016/8127.

¹¹³ Bu konuda bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 139-140.

doğru değildir. Bunun da ötesinde Yüksek Mahkemenin öteden beri gelen kusur hesabı dikkate alındığında, taraflar arasında farklılaştırılmış teselsülü uygulamak müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmak sonucunu doğuracaktır¹¹⁴. Zira, Yüksek Mahkeme tarafların Kurum'a karşı kusur oranlarını belirlerken bunların birbirlerine karşı durumlarını da dikkate almakta ve her bir sorumlunun kusurunu %100'e tamamlanacak şekilde dağıtmaktadır.

Kanımızca müteselsil sorumluluğun söz konusu olup olmadığının dahi tartışmalı olduğu iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarına farklılaştırılmış teselsüle ilişkin esasları uygulamak mümkün değildir. Kaldı ki, borçlar hukukçuları tarafından dahi tüm borç ilişkilerine genel olarak uygulanabilirliği tartışmalı olan ticaret hukukuna özgü bir borçluluk türünün sosyal güvenlik hukukuna iktibas edilmesi doğru bir çözüm gibi de görünmemektedir. Çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz gibi, iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarında işveren ve üçüncü kişilerin Kurum'a karşı müteselsil borçlu olarak değerlendirilmemesi ile öğretide eleştiri konusu edilen adaletsiz sonuçların önlenmesi sağlanacak ve farklılaştırılmış teselsül gibi sosyal güvenlik hukukuna yabancı kurumlara gitmeye gerek kalmayacaktır.

SONUÇ

Ülkemizde meydana gelen iş kazaları çoğu kez işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemelerinden ileri gelmektedir. Bunun gibi bazı kazalarda işveren yanında üçüncü kişilerin de kusuru olabilmektedir. Bir yandan Kurum'un uğradığı ekonomik zararı gidermek, diğer yandan iş kazasına neden olan kişilerin sorumluluğuna başvurulabilmek için, 5510 sayılı Kanunda Kurumun işveren ve üçüncü kişilere rücu hakkı düzenlenmiştir.

Yargıtay iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarında işveren ve üçüncü kişilerin Kurum'a karşı müteselsilen sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay'ın rücu davalarında müteselsil sorumluluğu kabul etmesinin altında yatan neden, kanımızca Kurum'un uğradığı maddi kaybın en kolay şekilde giderilebilmesini sağlamaktır. Ancak, hukukumuzda müteselsil sorumluluğun istisna; kısmi sorumluluğun asıl olduğu unutulmamalıdır.

¹¹⁴ Burada iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarında tarafların Kurum'a karşı müteselsil borçlu olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönündeki görüşümüzü hatırlatmak isteriz.

Müteselsil sorumluluk, borçlunun müteselsil sorumlu olduğunu belirtmediği hallerde ancak kanunda öngörüldüğü hallerde söz konusu olur.

Yüksek Mahkeme iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davalarında sorumluluğu olan işveren ve üçüncü kişinin Kurum'a karşı müteselsil borçlu olduğunu kabul etmekte ise de, işverene ve üçüncü kişiye rücu bakımından farklı hesap usullerine başvurmakta, bu uygulama işveren ve üçüncü kişiler bakımından adaletsiz sonuçların doğmasına neden olabilmektedir. Bu adaletsiz sonuçların önlenmesi için öğretide, farklılaştırılmış teselsülün rücu davaları bakımından uygulanması önerilmekte ise de, kanımızca borçlar hukukçuları arasında dahi görüş birliğine varılmamış ticaret hukukuna özgü bir kurumun sosyal güvenlik hukukuna uygulanması sorunun iyice içinden çıkılmaz hale gelmesine neden olabilecektir. İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle yapılan ödemelerin bundan sorumlu olan kişilerden istenmesi, bu konuda caydırıcılığın sağlanması ve Kurum'un finansman gücünün korunması için şüphesiz ki gereklidir. Ancak bu yapılırken, sosyal güvenlik hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olduğu unutulmamalı, müteselsil sorumluluk, farklılaştırılmış teselsül gibi kurumlar ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde Kurum'un rücu davaları bakımından uygulanmalıdır. 5510 sayılı Kanun'un pek çok hükmünde müteselsil borçluluk düzenlenmiş olmasına rağmen, iş kazası ve meslek hastalığından doğan rücu davaları bakımından böyle bir düzenleme getirilmemiş olması, kanun koyucunun kazadan sorumlu işveren ve üçüncü kişilerin ayrı ayrı sorumluluklarına gidilmesine yönelik iradesini göstermektedir. Naçizane görüşümüz, işverenleri üçüncü kişilerle birlikte müteselsil sorumlu tutmak yerine, her bir sorumlunun kısmi sorumluluk esaslarına göre sorumluluğunun belirlenmesi gerektiği yönündedir. Bu sayede, öğretide ifade edilen işveren ve üçüncü kişiler aleyhine adaletsiz sonuçların doğmasının da önüne geçilebilecektir.

Son olarak belirtilmelidir ki, iş kazası ve meslek hastalıklarının Kurumun finansman gücünde yarattığı olumsuz etkinin giderilmesinde tek yöntem rücu davaları olmamalıdır. Bu noktada, kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin primlerin işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki kredibilitelerine göre belirlenmesi, Kurum'un finansman gücünün korunması yanında sosyal güvenliğin tazmin edici tarafı yanında önleyici yanının öneminin vurgulanmasını sağlayacak, sosyal güvenliğin ilke ve amaçlarına daha uygun bir yaklaşım olacaktır¹¹⁵.

¹¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Erdem, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 569-577.

KAYNAKÇA¹¹⁶

- AKIN, Levent, **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırılık ve Kaçınılmazlık**, Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 4, Temmuz 2013, s. 48-56.
- AKIN, Levent/ŞARDAN, H. Serdar, **Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği**, İstanbul 2011.
- ASLANKÖYLÜ, Resul, **Sosyal Sigortalar Kurumunun İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasından Kaynaklanan Rücu Hakkı ve İşverenin Sorumluluğu**, İşveren Dergisi, Özel Eki, Eylül 2005, s. 23-39.
- ASLANKÖYLÜ, Resul, **Kurumun 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun 10. ve 26. Maddesinden Doğan Rücu Hakkının Hukuksal Temeli**, Kamu İş Dergisi, C.6, S.4/2002, s. 203-248.(Rücu Hakkı)
- AYAR, Ahmet/ENGİN, Hande, **Teselsülde Rücu**, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 1293-1308.
- BAŞBUĞ, Aydın, **Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücuu**, Kamu İş, Ankara 1992.
- BAŞBUĞ, Aydın, **Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Hakkı ve Buna Bağlı Bazı Temel Sorunlar**, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul: Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 815-858. (Rücu)
- BAYCIK, Gaye, **Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış**, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2017/I, s. 31-69.
- BAYCIK, Gaye, **Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler**, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 144-152. (İSG)
- CİVAN, Ersun, **İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk**, AÜHFD, 64/4, s. 1015-1070.
- CİVAN, Ersun, **İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları**, AÜHFD, 64/3, s. 531-594. (Rücu)

¹¹⁶ Aynı yazarın birden fazla yayınına atıf yapılan hallerde, parantez içindeki kısaltmalara yer verilmiştir.

- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan, **Müteselsil Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 22, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ERGİN, Berin, **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor?**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 1, S. 4, Aralık 2006, s. 129-140.
- FIRAT, Muhammed Sabır, **Türkiye’de Sosyal Güvenlik Kurumu Bütçesi ve Sosyal Güvenlik Açıkları**, TBB Dergisi, 2016/127, s. 317-338.
- GÜNEŞ, Başak, **İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Sosyal Güvenlik Kurumu’nun İşverene Rücu Hakkı**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2011.
- GÜZEL, Ali/OKUR, A. Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, B. 16, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- HELVACI, Mehmet, **Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklaştırılmış Teselsül**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, s. 77-96.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler**, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 4, Güz 2007, s. 107-119.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler**, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, s. 163-182. (Haksız Fiil)
- KIRCA, Çiğdem, **Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler**, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 641-677.
- KIRCA, Çiğdem, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler**, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 23-58. (Müteselsil Sorumluluk)

- KORKMAZ, Metin, **Sosyal Güvenlik Kurumu’nun Üçüncü Kişilerin Sorumluluğundan Doğan Rücu Hakkının İdari ve Yargısal Boyutlarıyla İncelenmesi**, Ankara 2014. (Yayımlanmamış Sosyal Güvenlik Uzmanlığı Tezi)
- NOMER, Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 15, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 13, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- OKUR, Nurdan, **İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla İşverenin Sorumluluğu**, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 326-344.
- ÖZDEMİR, Erdem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 569-577.
- TATAR, Gülsüm, **Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk**, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/4, s. 2133-2170.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, B. 7, İstanbul 1993.
- TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, B. 19, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- TURAN, Ercan, **5510 sayılı Yasa Kapsamında Rücu Tazminat Davaları**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 15., Eylül 2009, s. 193-211.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.1, On İki Levha Yayınları, Mart 2016.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında Saf Ekonomik Zararların Tazmini

Elif YÜKSEL*

Öz: Sözleşmesel ilişkiler kapsamında saf ekonomik menfaatlerin kurulması, devredilmesi ve talep edilmesi mümkün ve tartışmasızdır. Ancak Türk Hukuku'nda haksız fiil sorumluluğu kapsamında saf ekonomik zararların tazmini kural olarak kabul edilmemektedir. Bu yaklaşımın başlıca nedenleri saf ekonomik menfaatlerin diğer haklara nazaran daha az korumaya değer olduğu görüşü, tarihsel gelişimin uzantısı olarak yerleşmiş alışkanlıklar ve taleplerin yığılması korkusudur. Ayrıca, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından hukuka aykırılığın saf ekonomik zarara neden olan her somut olayda tespit edilmesi güçtür. Sosyal ve ekonomik yaşantının geldiği son noktada ise somut olay adaletinin sağlanması amacıyla bu yaklaşımın gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu çalışma ile haksız fiil sorumluluğu kapsamında saf ekonomik zararların tazminine yönelik çekinceler sorgulanmakta; edimden bağımsız borç ilişkileri ve koruma normu olarak dürüstlük kuralı görüşleri dahilinde inceleme yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Saf ekonomik zarar, saf ekonomik menfaat, haksız fiil, mutlak hak, hukuka aykırılık.

Indemnification of Pure Economic Loss Within the Scope of Tort Liability

Abstract: Pecuniary interests (such as loss of profit or loss of business opportunities) can be created, transferred or claimed under contractual liability without any doubt; however, they are not sufficiently protected by the principles of tort liability since, in principle, indemnification of pure economic loss is not accepted under Turkish law within the scope of tort liability. Such approach is generally based on three major arguments: the level where pecuniary interests stand within the hierarchy of rights,

* Makale gönderim tarihi: 13.05.2018. Makale kabul tarihi: 29.06.2018.

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi
(elif@yukselegal.com)

historical reasons, and floodgate argument. Likewise, the unlawfulness element and the aim of the protective rule doctrine are the technical legal reasons of such rejection. This approach should be re-examined in light of the recent social and economic developments. This article questions the reasons of such approach and examines new arguments based on obligations without duty of performance and principle of “good faith”.

Keywords: Pure economic loss, pecuniary interest, tort law, absolute right, unlawfulness.

KISALTMALAR

BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuuk Dergisi
BK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: cilt
dn.	: dipnot
E.	: esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: karar
m.	: madde
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
s.	: sayfa
S.	: sayı
SPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
T.	: tarih
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YMMK	: 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu

GİRİŞ

Kişinin hayatına, sağlığına veya malına yönelik olarak meydana gelen zararların dışında yer alan ve maddi bir zarar kalemi olarak sınıflandırılan saf ekonomik zararların haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesi gerek Türk Hukuku gerek İsviçre Hukuku sorumluluk rejimlerinde tartışmalıdır.

Günümüz yaşantısında saf ekonomik menfaat olarak adlandırılan ekonomik değerlerin önemi yadsınamaz dereceye ulaşmış; teknoloji ve iş bölümüne dayalı sosyal yaşantımızda bu menfaatlere yönelik gerçekleşen zararların tazmini hususu önem kazanmıştır. Anılan menfaatler sözleşmesel sorumluluk kapsamında tazmin edilebilirken haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazmin edilmelerinin önünde çeşitli engeller yer almaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde saf ekonomik zarar kavramı ve sözleşmesel sorumluluk hukuku kapsamında tazmini incelenecektir.

Haksız fiil sorumluluğu kapsamında saf ekonomik zararların tazminine karşı duyulan çekinceler çalışmamızın ikinci bölümünde haklar hiyerarşisi, tarihsel nedenler ve “floodgate” görüşü ile detaylandırılacaktır. Ayrıca, haksız fiil sorumluluğu kapsamında hukuka ve ahlaka aykırılık unsurları bağlamında saf ekonomik zararların konumu tespit edilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın son bölümünde ise, saf ekonomik zararların tazminine yönelik artan ihtiyacın bir sonucu olarak doktrin ve mahkeme kararlarıyla kabul edilen görüşler, gerek kaynağını dürüstlük kuralından alan edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri gerek başlı başına dürüstlük kuralının bir koruma normu olarak kabul edilmesi kapsamında incelenecektir.

I. SAF EKONOMİK ZARAR KAVRAMI

1. Tanım

Zarar, Türk Hukuku’nda haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından biri olarak BK m. 49’da düzenlenmiştir ancak anılan hükümde kavrama ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Tanımı doktrin ve içtihatlarla bırakılmış olan bu kavram geniş anlamda maddi ve manevi; dar anlamda ise sadece maddi zararı kapsayacak şekilde sınıflandırılmıştır.

Geniş anlamda zarar, bir kişinin malvarlığında ya da şahıs varlığında iradesi dışında oluşan azalmadır¹. Dar anlamda ise bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmedir². Manevi zarar kişiye karşı yapılan tecavüzden ötürü duyulan üzüntüdür³. Haksız fiil sorumluluğu kapsamında zarar, haksız fiil olmasaydı kişinin malvarlığının olacağı durumla haksız fiil sonucu oluşan malvarlığı arasındaki farktır⁴ ve haksız fiil sorumluluğunun olmazsa olmaz bir unsurudur.

Kavram, fiili zarar, yoksun kalınan kar, normatif zarar; doğrudan, dolaylı, yansıma zarar; somut, soyut zarar; menfi, müspet zarar; mevcut, müstakbel, olası zarar gibi çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuştur⁵.

Saf ekonomik zarara ilişkin olarak değinilmesi gereken ve yukarıda belirtilen ayrımların içerisinde yer alan bir kavram olan yansıma zarar, ihlale maruz kalan kişi dışında, bu zarar dolayısıyla üçüncü kişiler üzerinde oluşan bir zarar türüdür⁶. Zarara sebebiyet veren davranışın sonucunda üçüncü kişilerin maruz kaldıkları zararlar yansıma zarar olarak adlandırılmaktadır.

Haksız fiilin yöneldiği mal veya kişide yaptığı zarar doğrudan zararı oluşturmakta; bu zararın malın maliki veya kişi için yarattığı olumsuz sonuçlar ise dolaylı zarar olarak tanımlanmaktadır⁷. Zarar veren olayın sonucu olan her zarar doğrudan bir zarar kalemi olarak kabul edilmekte; bunun dışındaki diğer zararlar ise dolaylı zarar olarak adlandırılmaktadır⁸. Bu zarar

¹ Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 521; Gökhan **Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 449.

² Halûk **Tandoğan**, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 63; Kemal **Oğuzman**/ Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 39; Haluk **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s. 122; Yeşim **Atamer**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996, s. 32.

³ **Oğuzman**/ **Öz**, s. 40; Selahattin Sulhi **Tekinay**/ Sermet **Akman**/ Haluk **Burcuoğlu**/ Atilla **Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 548.

⁴ **Tekinay**/ **Akman**/ **Burcuoğlu**/ **Altop**, s. 548. Yargıtay 4. HD., E. 2009/4929, K. 2010/3231, T. 23.03.2010. Yargıtay 7. HD., E. 2006/4082, K. 2007/762, T. 06.03.2007 (www.kazanci.com).

⁵ **Tandoğan**, s. 69; **Antalya**, s. 449; **Oğuzman**/ **Öz**, s. 41.

⁶ Doğrudan doğruya uğranan zarar ve yansıma zarar kavramlarına ilişkin bkz. **Tekinay**/ **Akman**/ **Burcuoğlu**/ **Altop**, s. 562.

⁷ **Tekinay**/ **Akman**/ **Burcuoğlu**/ **Altop**, s. 565.

⁸ **Eren**, s. 529.

türü, zararın yöneldiği kişilere göre yapılan yansıma zarardan farklı olup; tazmini uygun illiyet bağına bağlıdır.

Çalışmamızın konusu kapsamında kişinin zarar gören değerine yönelik yapılan sınıflandırma ise, kişinin sahip olduğu malda hasar veya ziyaa sebep olan “mala yönelik zararlar”; kişinin vücut bütünlüğü veya hayatına yönelik fiiller nedeniyle oluşan “kişiyeye yönelik zarar” ve bunların dışında kalan “diğer zararlar”dır⁹. Bu açıdan incelendiğinde, zararın meydana geldiği hakkın niteliği önem taşımaktadır.

Türk Hukuku’nun da dahil olduğu Kıta Avrupası Hukuk sisteminde haklar ileri sürülebileceği çevre açısından mutlak ve nisbi haklar olarak çeşitlendirilmiş; vücut bütünlüğü, sağlığı, mülkiyet hakları mutlak hak olarak tanımlanmıştır¹⁰. Saf ekonomik zarar ise bunların dışında yer alan ekonomik değerlere yöneliktir.

Saf ekonomik zarar, kişinin üzerinde mutlak hakka sahip olduğu bir malvarlığı değerindeki eksilmeyi içermemektedir; maddi bir zarar kalemi olup “diğer zarar” kategorisi altında değerlendirilmektedir. Saf ekonomik zarar, kişinin hayatına, sağlığına ya da malına gelen zararların dışında kalan kar kaybı gibi (*lucrum cessans*) ekonomik menfaatlerinin etkilenmesini ifade etmektedir¹¹. Başka bir deyişle, mutlak hak oluşturmeyen ekonomik değerlerde oluşan zarardır¹². Ayrıca, saf ekonomik zarar, kavramından da anlaşılacağı üzere, kişinin mutlak hakkına yönelik bir saldırının sonucu olarak uğranan malvarlığı kaybı değil; bağımsız olarak doğrudan doğruya ekonomik menfaatin ihlalidir¹³. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere doktrinde

⁹ Eren, s. 528; Tuba Akçura Karaman, Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 222.

¹⁰ Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul 2016, s. 161.

¹¹ Kerem Cem Sanlı, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2007, s. 333; Tuba Akçura Karaman, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurlarının İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, GSÜHFD, Yıl: 3, S. 1, İstanbul 2004, s. 570. Tuba Akçura Karaman, “Comparative Study on the Liability of Classification Societies to Third Party Purchasers with References to Turkish, Swiss, German and US Law”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 42, 2011, s. 130.

¹² Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s. 11; Nesli Şen Özçelik, “Salt Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Tazmin Edilebilirliği”, Sorumluluk Hukuku Seminerler, İstanbul 2016, s. 416.

¹³ Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, 29, BATİDER, Ankara 2013, s. 36; Fernando Gomez/ Juan Antonio Ruiz, “The

saf ekonomik zarar tanımı, kavramın ne olduğundan ziyade ne olmadığına ilişkin olarak yapılmaktadır.

Saf ekonomik zarar terminolojisi üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Şahsa veya mala gelen zararların dışındaki zararları tanımlamak için salt malvarlığı zararları¹⁴, diğer malvarlığı zararları¹⁵, salt ekonomik zarar¹⁶ terimleri de kullanılmaktadır. Ancak “malvarlığı” mutlak hakları da kapsayan bir kavram olması nedeniyle karşılıklığa mahal vermektedir. Ayrıca, Anglo-Amerikan, İsviçre, Fransız hukuk sistemlerinde kullanılan *pure economic loss* ve *dommage purement économique* kavramlarını saf ekonomik zarar daha doğru yansıtmaktadır¹⁷. Anılan nedenlerle çalışmamızda bu kavram kullanılacaktır.

2. Saf Ekonomik Zararların Sözleşme İlişkisi Kapsamında Tazmin Edilebilirliği

Sözleşmeler, BK m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmak şartıyla taraflarca serbestçe düzenlenebilir ve taraflarca mutabık kalınan her türlü hak ve menfaat sözleşmenin kapsamına dahil edilebilir. Bu çerçevede, saf ekonomik menfaatler de sözleşmede taraflarca öngörülebilir. Aslında sözleşmesel sorumluluğun ilk amacı ekonomik zararların tazminidir¹⁸. Sözleşmeler saf ekonomik menfaatleri yaratmak, korumak, devretmek ve takip etmek için kullanılan mükemmel araçlardır¹⁹. Görüldüğü üzere saf ekonomik menfaatlerin sözleşmesel sorumluluk kapsamında önemi çok büyüktür.

Plural -and Misleading- Notion of Economic Loss in Tort: A Law and Economics Perspective”, InDret, 4, 2002, s. 5; Helmut **Koziol**, “Recovery for Economic Loss in the European Union”, Arizona Law Review, Vol. 48, 2006, s. 872; Michael **MacGrath**, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, MÜHFD, C. 23, S. 1, İstanbul 2017, s. 350; Franz **Werro**, La Responsabilité Civile, Berne, 2011, s. 38; William **Van Boom**, “Pure Economic Loss: A Comparative Perspective”, Pure Economic Loss, Viyana 2004, s. 3.

¹⁴ **Buz**, s. 35; **Çağlayan Aksoy**, s. 13; **Şen Özçelik**, s. 419.

¹⁵ **Eren**, s. 528.

¹⁶ **Sanlı**, s. 366.

¹⁷ Aynı yönde bkz. **Akçura Karaman**, Üreticinin Sorumluluğu, s. 224.

¹⁸ Yeşim **Atamer**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996, s. 101.

¹⁹ **Van Boom**, s. 16.

Anılan hakları öngören sözleşmesel borç ilişkisinin ihlali söz konusu olduğunda sözleşmeye aykırılık oluşmakta; ihlali gerçekleştiren tarafın ise kusurlu olduğu karinesi bulunmaktadır²⁰. Bu kapsamda, Türk Hukuku'nda genel olarak, haksız fiil sorumluluğunun aksine sözleşmesel sorumluluk kapsamında korunan menfaatler arasında hiyerarşik bir ayırım bulunmamaktadır. Dolayısıyla mutlak hak, nisbi hak, saf ekonomik menfaat gibi ayrımlara gidilmeksizin sözleşmenin konusu dahilinde yer alan tüm menfaatler eşit derecede korunmakta ve tazmin edilmektedir²¹. Sözleşme hukuku kurallarının her türlü hakkın eşit derecede korunmaya muhtaç olduğu yaklaşımını benimsemesi sonucunda hukukun bu alanın eşitlikçi ve kucaklayıcı kurallar olduğu ileri sürülmüştür²². Haksız fiil sorumluluğunun aksine sözleşmesel sorumluluk tüm haklara eşit değer vermektedir.

Taraflar arasında sözleşme ile saf ekonomik menfaatler korunuyor ise, başka bir deyişle, tarafların mutlak hakları dışında yer alan ekonomik menfaatleri de taraflarca sözleşmede öngörülmüş ise, bu hakların sözleşmesel sorumluluk kapsamında diğer haklarla eşit derecede korunması konusunda Türk Hukuku'nda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği, sözleşme kural olarak sadece tarafları için haklar ve borçlar doğurur ve tarafların sözleşmede öngörülen menfaatleri sadece birbirlerine karşı ileri sürülebilir²³. Bu kuralın bir sonucu olarak, borcun ifa edilmesinden bir üçüncü kişi zarar görürse, borç ilişkisine dayanarak bir tazmin talebinde bulunamaz²⁴. Her ne kadar sözleşmesel sorumluluk kapsamında hakların niteliğine göre bir sıralama yapılmamış olsa da bu eşit koruma çerçevesi sözleşmenin tarafları ile sınırlı olup sözleşme tarafı teşkil etmeyen üçüncü kişilere karşı bu haklar ileri sürülemez.

3. Konunun Sınırlandırılması

Sözleşmesel sorumluluk kapsamında taraflarca öngörülmüş olan saf ekonomik menfaatlerin tazmininde bir tartışma yer almamaktadır. Buna

²⁰ Hüseyin **Hatemi**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998, s. 23.

²¹ **Buz**, s. 37; Helmut **Koziol**, "Compensation for Pure Economic Loss From a Continental Lawyer's Perspective", Pure Economic Loss, Viyana 2004, s. 145.

²² **Buz**, s. 37.

²³ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 60.

²⁴ **Tandoğan**, s. 22; **Oğuzman/ Öz**, s. 17; **Atamer**, **Üçüncü Kişi**, s. 100.

karşın, haksız fiil sorumluluğu kapsamında, aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere saf ekonomik zararların tazmin edilebilirliği tartışmalıdır²⁵. Bu nedenle çalışmamızda sözleşmesel sorumluluk kapsamında saf ekonomik zararların tazmini hususunu incelememiz dışında bırakılarak haksız fiil sorumluluğundaki durumu incelenecektir.

Daha net anlaşılması açısından sorunu örneklendirmemiz gerekirse:

- Karayolları Genel Müdürlüğü ile sözleşme imzalayarak belli bir bölgede asfalt çalışması yapan A şirketi sözleşmede öngörülmüş olan vadede borcunu ifa etmemiş; inşaatın süresi boyunca yol kapalı kalmıştır. Bu yol üzerinde bulunan X Lokantası yolun kapalı kalması nedeniyle uzun süre müşteri kabul edememiş ve gelir kaybına uğramıştır. A şirketi ile arasında bir sözleşme bulunmadığından taleplerini sözleşmesel sorumluluk kapsamında ileri süremeyen X Lokantasının sahibi, mutlak bir hakkı etkilenmediği için haksız fiil sorumluluğuna da başvuramamaktadır.

- A araç sürücüsünün ağır ihmali ile gerçekleşen trafik kazasında B aracında bulunan sürücü ağır yaralanmış bu nedenle işe gidememiştir. Bu nedenle çalıştığı şirket büyük maddi zarara uğramıştır. B sürücüsünün doğrudan ve uygun illiyet bağı kapsamında bulunan dolaylı zararları A sürücüsü tarafından haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazmin edilmiş ancak fiil sonucunda yansıma zarara uğrayan şirketin talepleri haksız fiil sorumluluğu kapsamında kabul edilmemektedir.

- A şirketi rakibi B şirketinin ürünlerine ilişkin yanlış bilgiler içeren reklamlar yapmış bu nedenle B şirketinin geleceğe ilişkin yatırımları etkilenmiş ve zarara uğramıştır. Haksız rekabet hükümleri kapsamında zararını

²⁵ Karşılaştırmalı hukukta saf ekonomik zararların tazmin edilebilirliklerine ilişkin bkz. Selin Özden, “Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları”, 26, BATİDER, Ankara 2010, s. 93 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 36 vd. İngiliz Hukuku’nda karar örnekleri için bkz. Mario J. Rizzo, “The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1982, s. 204 vd.; Mario J. Rizzo, “A Theory of Economic Loss in the Law of Torts”, Journal of Legal Studies, Vol. XI, 1982, s. 286 vd.; MacGrath, s. 350 vd.; Van Boom, s. 4 vd. Fransız Hukuku’na ilişkin inceleme için bkz. Christophe Radé/ Laurent Bloch, “Compensation for pure Economic Loss Under French Law”, Pure Economic Loss, Viyana 2004, s. 41 vd. İtalyan Hukuku’na ilişkin bkz. Riccardo Omodei-Sale/ Alessio Zaccaria, “Compensation for Pure Economic Loss Under Italian Law”, Pure Economic Loss, Viyana 2004, s. 48 vd. Saf ekonomik zararlara ilişkin Common Law bakış açısı için bkz. Christian Witting, “Compensation for Pure Economic Loss From a Common Lawyer’s Perspective”, Pure Economic Loss, Viyana 2004, s. 102 vd.

tazmin edebilmiştir. Haksız rekabet hükümleri çerçevesinde yer almayan talepleri ise haksız fiil unsurları tamamlanmadığı için reddedilmiştir.

- A Bankası'nın müşterisi olan B şirketinin mali verilerine ilişkin paylaştığı rapora güvenerek işlem yapan C kişisi raporun hatalı olması nedeniyle ekonomik zarara uğramıştır. A Bankası ile arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığı için taleplerini sözleşmesel sorumluluk kapsamında ileri sürememekte; haksız fiil sorumluluğunun şartları yerine gelmediği için haksız fiil sorumluluğu kapsamında da talepte bulunamamaktadır.

Örneklerden de görüleceği üzere, sözleşmenin mevcut olduğu hallerde sözleşme dışı 3. kişiler de zarara uğrayabilir²⁶. Saf ekonomik menfaatleri zarara uğrayan üçüncü kişilerin sözleşme tarafı olmamaları nedeniyle sözleşmesel sorumluluk kapsamında talep etmeleri mümkün olmamaktadır. Sözleşme dışı sorumlulukta ise, mutlak bir hakkın zarar görmediği örneklerde ayrıca bir hüküm bulunmayan hallerde hukuka aykırılık unsuru eksik olduğu için haksız fiil sorumluluğuna başvurulamamaktadır. Ayrıca, üçüncü kişilerin failin davranışından etkilendiği örneklerde ise yansıma zarar söz konusu olmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazminat isteme hakkı kural olarak sadece bu fiilden doğrudan doğruya zarar gören kişiye ait olduğu için oluşan saf ekonomik zararların talep edilmesi mümkün olmamaktadır²⁷. Çalışmamız anılan ihtimallerde mağdurun saf ekonomik zararlarının Türk Hukuku'nda tazmin edilebilirliğini incelemektedir.

II. SAF EKONOMİK ZARARLARIN TAZMİNİ SORUNU

1. Genel Olarak

A. Haklar Hiyerarşisi

Zarar, BK m. 49 uyarınca haksız fiil unsurlarından biri olarak belirlenmiştir. Hüküm hangi zarar kalemlerinin kapsama dahil olduğuna ilişkin bir belirleme yapmamıştır. Dolayısıyla hangi hakların bu hükümlerce korunacağına ilişkin kanunen açık bir sınır bulunmamaktadır. Ancak hüküm “*hukuka aykırı bir fiille*” zararın oluşması gerektiğini öngördüğü için doktrinde, sade-

²⁶ Konuya ilişkin çeşitli örnek olay gruplandırmaları ve bu olaylar özelinde karşılaştırmalı hukukta saf ekonomik zararların tazminin incelenmesine ilişkin olarak bkz. Mauro **Bussani**/Vernon Valentine **Palmer**/ Francesco **Parisi**, “Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement”, 51, American Journal of Comparative Law, 2003, s. 115 vd.

²⁷ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 562.

ce hukuken korunması öngörülen hakların hükmün kapsamında olduğu ileri sürülmektedir²⁸. Dolayısıyla, her türlü hak haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunmamakta; haklar arasında bir hiyerarşi bulunmaktadır. Çalışmamız dahilinde, haklar hiyerarşisi bakımından saf ekonomik menfaatlerin konumunu belirlemek gerekmektedir.

Hukuk sistemlerinin herkesin her türlü hakkını aynı derecede koruması her zaman mümkün olmamaktadır. Zarar verenin menfaati ile zarar görenin menfaati her zaman eşit şekilde dağıtılamamaktadır. Bu nedenle hakların belli bir öncelik sırasına göre korunması gerekmektedir çünkü hukuk her türlü hak ve menfaati aynı anda tam olarak koruyamaz²⁹.

Kural olarak bir hakkın menfaat değeri arttıkça, alenileştikçe üçüncü kişiler tarafından da görünür hale gelmesi söz konusu olacak ve üçüncü kişilerin bu hakka zarar vermemesi talep edilebilecektir³⁰. Bu çerçevede en üstte yer alan mutlak haklar bulunmaktadır. Mutlak hakların en önemli özelliği *erga omnes* olmaları yani herkese karşı ileri sürülebilmeleridir³¹. Mutlak haklar içinde aynı haklar, kişilik hakları ve fikri mülkiyet hakları bulunmaktadır³². Anılan haklar herkese karşı ileri sürülebilir.

Çalışmamızın bir sonraki bölümünde inceleneceği üzere³³, Türk Hukuku'nda objektif hukuka aykırılık teorisi baskın görüştür³⁴. Bu teoriye göre BK m. 49 anlamında mutlak haklar temel koruma normları ile korun-

²⁸ Tandoğan, s. 17; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 476; Atamer, Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 75; Koziol, *Recovery For Economic Loss*, s. 874. Buna karşın Fransız Hukuku'nda haksız fiil sorumluluğu kapsamında böyle bir ayırım bulunmamakta; saf ekonomik zararlar Fransız Medeni Kanunu m.1240 kapsamında tazmin edilebilmektedir. Common law ülkelerinde de genel görüşün aksine saf ekonomik zararların tazmin edildiği yönünde bkz. Rizzo, *Theory of Economic Loss*, s. 283. Konuya ilişkin detaylı İngiliziz mahkeme kararları için bkz. MacGrath, s. 350 vd.

²⁹ Bussani/ Palmer/ Parisi, s. 128. Akçura Karaman, *Classification Societies*, s. 130.

³⁰ Çağlayan Aksoy, s. 6.

³¹ Oğuzman/ Barlas, s. 160; Alexandre Guyaz/ Muriel Vautier, "Le Dommage Purement Economique", *Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2013*, ed.Franz Werro, Pascal Pichonnaz, 2013, s. 218.

³² Oğuzman/ Barlas, s. 161; Çağlayan Aksoy, s. 8.

³³ Bkz. II. B. 1.

³⁴ Tandoğan, s. 18; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 476; Oğuzman/ Öz, s. 472; Eren, s. 585.

maktadır³⁵. Bir davranış herkese karşı ileri sürülebilen kişilik hakları, aynı haklar ve fikri mülkiyet haklarını ihlal ediyor ise hukuka aykırılık doğrudan bulunmakta olup ayrıca bir hükme aykırılık aranmamaktadır³⁶. Bu hakların ihlal edilmesi halinde doğan zararların tazmini haksız fiil hükümleri çerçevesinde talep edilebilecektir. Mutlak hakların aleni olmaları özelliği nedeniyle herkes tarafından korunmaları beklenmektedir. Bu yönüyle, haklar hiyerarşisinde en üstte mutlak haklar yer almaktadır.

Haklar hiyerarşisinde mutlak haklardan sonra nisbi haklar gelmektedir. Sözleşmeden kaynaklanan bu haklar daha alt sıradadır çünkü sözleşmeler sadece tarafları arasında hak ve borç doğurmakta; herkese karşı ileri sürülebilen haklar yaratmamaktadır³⁷. Başka bir deyişle, alenileşme özelliği sınırlı olması nedeniyle ancak belirli bir kişiye veya kişilere karşı ileri sürülebilen nisbi haklar üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlallere karşı korunmamaktadır³⁸. Nisbi haklar bu özellikleri nedeniyle BK m. 49/2 kapsamında yer alan istisnai haller dışında haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunmamaktadır³⁹.

Saf ekonomik menfaatler ise şahsa veya mala ilişkin olmayan ekonomik menfaatlerdir. Bunlar kay kaybı gibi şahsi beklentilere yönelik olabilir ve alenilik özelliği taşımamaktadır. Mutlak hak kategorisinde olmayıp dışarıya karşı ileri sürülmesi en kısıtlı olan haklardır. Bu nedenle haklar hiyerarşisinde en alt sırada yer almaktadır.

Haklar hiyerarşisini temel alan bir görüşe göre, ekonomik menfaatlerin önemi, insan yaşamı, sağlığı ve taşınabilir malvarlığına göre daha az olduğu için eşit derecede korunması gerekmemektedir⁴⁰. Bu görüşün savunucuları felsefi açıdan temel insani değerler olan hayat ve vücut sağlığı ve hatta fiziksel malvarlığının soyut bir değer olan para ile eşit değerde olmadığı ve olmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre kişiler maldan, mal

³⁵ Atamer, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 75; Buz, s. 33.

³⁶ Tandoğan, s. 21; Guyaz/ Eigenmann, s. 218.

³⁷ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 60.

³⁸ Oğuzman/ Barlas, s. 161. Sorumluluk hukukunun yeni gelişmeler karşısında yetersiz kalması sonucunda doktrinde yeni müesseseler oluşturulmuştur. MK m.2 dürüstlük kuralını temel alan bu istisnai sorumluluk hallerine ilişkin bkz. Buz, s. 39 vd.

³⁹ Çağlayan Aksoy, s. 9. İstisnai hallere ilikin örnekler için bkz Çağlayan Aksoy, s. 427 vd.

⁴⁰ Gomez/ Ruiz, s. 10.

ise paradan daha değerlidir⁴¹. Saf ekonomik menfaatlerin tazminine çekince ile bakılmasının temelinde de bu görüş yatmaktadır.

Saf ekonomik menfaatler eğer sözleşme ile açıkça korunuyor ise nisbi hak olarak kabul edilir ve ancak I. Bölüm'de söz edildiği üzere sözleşmenin karşı tarafınca korunması beklenebilir. Eğer sözleşmesel bir hak yaratılmamış ise objektif hukuka aykırılık teorisi kapsamında ayrıca bir koruma normu bulunmadıkça hiyerarşik olarak en alt sıralarda yer alır ve salt beklenti niteliği taşır. Dolayısıyla ne sözleşmesel ne de haksız fiil sorumluluğunda koruma kapsamına girmez⁴². Haklar hiyerarşisinde en altta olmasının sonucu ileri sürülebilen kişi çevresinin azalmasıdır.

Türk Hukuku'nda saf ekonomik zararların tazminine çekinceyle yaklaşanların en önemli dayanaklarından bir tanesi haklar hiyerarşidir. Bu sıralamaya göre, yaşam, sağlık, mülkiyet ve zilyetlik en önemli haklar olarak kabul edilmiş; herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesçe saygı duyulması beklenen mutlak haklar kapsamına alınmıştır. Ekonomik menfaatlerin ise bu haklara nazaran aynı değere sahip olmadıkları, parasal değerlerin her zaman mutlak haklardan daha önemsiz olduğu anlayışı gerek tarihsel gerek felsefi bir anlayışın etkisiyle bugünlere kadar uzanmıştır⁴³.

Günümüzde teknolojik gelişmelerin sonucunda, elle tutulur malvarlığı değerleri ve bunların önemi azalmıştır. Gerçekten, aslında bugün çoğu kişinin görüşü araştırılsa, büyük çoğunluğun mülkiyet hakkına sahip olduğu değerlerden ziyade ekonomik menfaatlerine değer verdiği görülecektir. Hatta zaman zaman kişiler ekonomik menfaatlerine sağlıklarından daha çok önem vermektedir ve saf ekonomik beklentilerin mutlak hakların önüne geçtiği durumlarla sıkça karşılaşılmaktadır⁴⁴.

Anılan nedenlerle, günümüzde haklar arasında herkese uyabilecek bir sırada hiyerarşi yapılması doğru değildir. Haklar hiyerarşisi kişi özelinde değerlendirilmelidir⁴⁵. Somut olayda kişinin bir sözleşmesel alacağının mutlak hakkından daha değerli olduğu ya da saf ekonomik menfaatlerinin en üst sırada yer aldığı görülebilecektir. Olay ve kişi özelinde bir değerlendirme

41 Bussani/ Palmer/ Parisi, s. 127.

42 Çağlayan Aksoy, s. 9. Aksi yönde bkz. Werro, s. 38.

43 Gomez/ Ruiz, s. 9.

44 Gomez/ Ruiz, s. 7.

45 Gomez/ Ruiz, s. 7.

yapılması somut olay adaleti bakımından daha uygun olacak; saf ekonomik zararların tazminin yerleşmiş haklar hiyerarşisini temel alarak baştan reddedilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

B. Tarihsel Gelişim

Saf ekonomik menfaatlerin sorumluluk hukuku kapsamında kural olarak korunmamalarının ilk nedeni haklar hiyerarşisinde en alt sırada olmalarıdır ancak bunun dışında tarihsel nedenler de bulunmaktadır.

Kıta Avrupası sorumluluk sisteminin tarihsel gelişimi Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Roma Hukuku'nda *On İki Levha Kanunları Dönemi* ve *Lex Aquilia* dönemlerinde başkasının malına zarar veren kişi sorumlu tutulmuştur. Anılan Dönemler'de bir kişiye veya mala kasten verilen zararların tazmin edilmesi kabul edilmiştir. *Klasik Sonrası Hukuk Dönemi*'nde somut olay adaletini sağlamak için sorumluluğun kapsamı genişletilmiş ve *Iustinianus* döneminde malvarlığında oluşan (*patrimonium*) her türlü zarara ilişkin tazmin öngörülmüştür⁴⁶. Bu dönemlerde zarar malvarlığında oluşan her türlü azalma olarak kabul edilmiş, zararın fiziksel olarak malda oluşması ile saf ekonomik menfaatlere ilişkin oluşması arasında bir ayırım yapılmamıştır.

Ortaçağ'da ise sorumluluk kapsamı genişletilmiş; manevi zararların tazmini kabul edilmiş ve ölen kişinin destekten yoksun kalan ailesinin tazmin edilmesi anlayışı var olmaya başlamıştır. Dolayısıyla, bu Dönem'de yansıma zararların tazminin kabul edildiği görülmektedir. Günümüzde ise ancak özel hükümler ile düzenlenmesi halinde yansıma zararlar tazmin edilmektedir⁴⁷.

Usus Modernus Dönemi'nde ise zarar kavramı alt başlıklara ayrılmıştır. Bu Dönem'de zarar sorumluluğunun sınırları *Ortaçağ Dönemi*'nin aksine sınırlandırılmış; zarar veren kişinin ancak öngörebileceği zararlardan sorumlu tutulması anlayışı kabul edilmiştir⁴⁸. Görüldüğü üzere, her ne kadar sorumluluk genişletilmeye çalışılsa da hakkaniyet gereği sınırları belli bir süre sonra daraltılmıştır. Günümüzde ise bu sınır uygun illiyet bağı unsuru ile çizilmektedir⁴⁹.

⁴⁶ Fatma Tülay **Karakaş**/ Özlem **Söğütlü Erişgin**, "Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi", 23, BATİDER, Ankara 2006, s. 5 vd. **Bussani/ Palmer/ Parisi**, s. 116.

⁴⁷ Örnekler için bkz. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 562.

⁴⁸ **Karakaş/ Söğütlü Erişgin**, s. 5 vd.

⁴⁹ **Eren**, s. 536 vd.

Anılan bakış açısı 19. Yüzyılda *Pandekt Öğretisi*'nde terk edilmiş ve sorumluluk kapsamında zarar verici olay meydana gelmeseydi malvarlığının bulunacağı durumla olay sonrası durumunun farkının dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Günümüzde de kabul edilen zarar tanımının kökeni bu dönemlere dayanmaktadır. Zararı tanımlayan bu görüş Mommsen'in "*Fark Kuramı*" isimli çalışmasıyla somutlaşmış ve zararın fail tarafından öngörülebilirliğinin bir önemi olmadığı; önemli olan malvarlığındaki fark olduğu görüşü kabul edilmiştir. Bu kuram Alman Medeni Kanunu'nda normlaşmış ve Türk-İsviçre Medeni Hukuku'nun kökenini oluşturmuştur⁵⁰.

Tarihsel gelişim incelendiğinde, malvarlığının bir bütün olarak ele alınması anlayışının terk edilerek, sorumluluk sınırlarının "öngörülebilirlik" ile daraltılması saf ekonomik zararların tazmininin reddedilmesi geleneğinin kökeni olarak görülebilse de bu anlayışın 19. Yüzyıl'da terk edilerek fark kuramının kabul edilmesi anılan argümanı ortadan kaldırmaktadır. Her ne kadar saf ekonomik menfaatlerin aleni olmaması nedeniyle öngörülemeyen niteliği bulunsun da, Mommsen'in fark teorisi kapsamında bu zararlar da malvarlığında oluşan farka dahildir.

Bu teori kapsamında saf ekonomik zararların tazmin edilmemesi için hiçbir neden bulunmamaktadır. Haklı olarak, karşılaştırmalı hukukta bazı yazarların saf ekonomik menfaatlerin tazmin edilmemesi geleneğini tarihsel bir kaza olarak nitelendirdikleri görülmektedir⁵¹. Yukarıda incelendiği üzere, saf ekonomik menfaatlerin tazminine karşı çıkan görüşlerin tarihsel nedenlerin arkasına sığındığı görülmekle birlikte, gerçek tarihsel gelişimde haklar ve zararlar arasında bir ayrımın bulunmadığı; malvarlığının bir bütün *patrimonium* olarak kabul edildiği görülmektedir. Van Boom⁵² tarafından da dile getirildiği üzere, bu çekince tamamen tarihin yanlış yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

C. Flood Gate

Haklar hiyerarşisinde mutlak hakların korunmaya en çok görülen haklar olmasının nedeninin herkesçe fark edilebilir nitelikte bir alenilik sağlaması ve bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilmeleridir. Saf ekonomik menfa-

⁵⁰ Karakaş/ Söğütü Erişgin, s. 5 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 21.

⁵¹ Van Boom, s. 31.

⁵² Van Boom, s. 31.

atler ise mutlak haklara göre şahsa bağlı, öngörülemez ve tahmin edilemez niteliğe sahiptir.

Haksız fiille bir kişiye zarar verildiğinde ne tür taleplerin ortaya çıkacağına bilinmemesi, öngörülememesi sınırsız bir sorumluluğa yol açabilir. Sınırsızlıktan kasıt hem sorumlu olunan şahıs çevresine ilişkin hem de sorumluluk miktarına ilişkindir⁵³. Şahıs çevresine ilişkin sorumluluk yansıma zararların tazmininin ancak istisnai hallerde kabul edilmesi ile; miktar ise uygun illiyet bağı ile sınırlandırılmıştır. Örneklandırmek gerekirse, trafik kazasına neden olan bir kişinin çarptığı arabada bulunan A kişinin işe gidememesinin yol açacağı her türlü zarar, A'nın iş vereninin kaybı, A'nın ailesinin her türlü kaybı, yolun kapanması nedeniyle diğer sürücülerin uğrayabileceği her türlü kaybın sorumluluk rejimine dahil edilmesi hem kazaya sebebiyet veren kişinin mahvına neden olabilir hem de tazmin taleplerinin sonunun gelmemesi nedeniyle mahkemelerin iş yoğunluğuna, taleplerin haklılığının araştırılmasının zorluklarına neden olacak; adaletin hızlı ve dengeli dağıtımına engel olacaktır.

Tüm zarar türleri bakımından *ex ante* öngörülemezlik, kontrol edilemezlik ve belirsizlik yaratan bu sistemi engellemek için hukuk sistemleri genel olarak saf ekonomik zararların tazminini sınırlandırmaya çaba sarf etmişlerdir⁵⁴ ve taleplerin sel gibi akmasını engelleyen bir “baraj kapağı” düşüncesiyle “floodgate” görüşü ortaya atılmıştır.

Bu görüşün dayandığı üç temel nokta bulunmaktadır. İlki, bazı davalarda saf ekonomik zararların tazmini mahkemeler tarafından yargılaması çok güç olacak şekilde sel gibi yağacak sayıda davaya mahal verecek olmasıdır⁵⁵. Bu kadar çok sayıda taleple yargı sisteminin başa çıkması güçtür. Bir diğer korku, mahkemelerden ziyade davalının bu kadar çok taleple başa çıkmasının güçlüğüdür. Üçüncü neden ise, modern hayatın gerekliliklerinin sonucunda haksız fiil sorumluluğunun genişlemesi modern zamanların getirdiği yeni bir hukuki yaklaşım olup kontrolden çıkma tehlikesinin bulunmasıdır⁵⁶. Görüldüğü üzere hem common law hem de bazı civil law ülke hukuklarında saf ekonomik zararlara ilişkin en büyük çekince açık uçlu yargılamalara

⁵³ Koziol, *Continental Lawyer's Perspective*, s. 143.

⁵⁴ Buz, s. 38; Çağlayan Aksoy, s. 18; Bussani/ Palmer/ Parisi, s. 124; Van Boom, s. 1.

⁵⁵ Van Boom, s. 33.

⁵⁶ Bussani/ Palmer/ Parisi, s. 129.

sebebiyet verebilecek olmasıdır. Bu görüşe göre saf ekonomik zararların tazmininin kabulü halinde sorumluluk çerçevesi fazlaca genişleyecek ve haksız fiilin sonuçları “*ad infinitum*”⁵⁷ gerçekleşebilecektir.

Saf ekonomik zararların tazmin edilmesine karşı olan görüşlerin en yaygın argümanı olan floodgate, mahkemelerce de kabul edilmiştir⁵⁸. Mahkemeler, çok sayıda talebi engellemek amacıyla, pragmatik olarak, saf ekonomik zararların tazmini taleplerine “*öngörülemez bir zaman dilimi kapsamında, miktarı öngörülemez olan taleplerin, öngörülemeyen kişi toplulukları tarafından yapılması*” gerekçesi ile karşı çıkmışlardır⁵⁹.

Kanaatimizce, saf ekonomik zararların tazminine, talep sonucunun öngörülemez olması nedeniyle çekinceyle yaklaşılması ve bu zararların tazminin sırf bu nedenle baştan katı bir biçimde engellenmesi kısa yoldan ve baştan kolayca kaçılmasına sebep olmakta; hukukun somut olay adaletini sağlamak ve menfaatler dengesini oturtmak amaçlarına uymamaktadır. Mevcut bir zararın tazmin edilmesinin iş yükü fazlalığı veya faili koruma iç güdüsüyle reddedilmesi adaleti ve hakkaniyeti sağlamak amacına sahip olan sorumluluk hukuku kapsamında kabul edilebilir bir gerekçe değildir. Bir hakkın korunması mevcut hukuk düzeni ve normlar incelenerek karar verilmesi gereken bir süreçtir. Sosyal etkiler de bu karar verilirken önem taşımaktadır ancak saf ekonomik zararlar bağlamında, sosyal hayatın anılan zararların tazminini gerektirdiği durumlar da şüphesiz bulunmaktadır. Dolayısıyla, adalet sisteminin çalışma temposunun ve failin düşünülerek saf ekonomik zararların tazmininin doğrudan reddedilmesinin adaleti sağlamadığı örneklerle çokça karşılaşılmaktadır.

Bunun dışında, saf ekonomik zararların tazmininin kabul edilmesi her talebin mahkemelerce haklı bulunacağı anlamına gelmemektedir. Zararın varlığı ve tazmin edilebilirliği her bir olay bakımından zarar gören çevre ve zararın kapsamı illiyet bağı, hukuka aykırılık gibi unsurların incelenmesi ile denetlenecektir. Dolayısıyla fail açısından sınırsız bir sorumluluğun ortaya çıkması mümkün olmayacağından anılan korku yersizdir.

Ayrıca günümüzde özellikle aynı haksız fiilden etkilenen kişilerin davacının aynı taleple başvurması söz konusu olacağı için grup davaları söz

⁵⁷ Buz, s. 38; Bussani/ Palmer/ Parisi, s. 128.

⁵⁸ Gomez/ Ruiz, s. 11.

⁵⁹ Gomez/ Ruiz, s. 11.

konusu olabilecek ve 19. Yüzyıl'da korkulan bireysel taleplerin önüne geçmek mümkün olabilecektir⁶⁰. Özellikle günümüz teknolojisinin aynı fiille çok sayıda kişiyi aynı anda etkilediği düşünüldüğünde usulî olarak bu yola başvurulabilecektir.

Son olarak, iş yükünün artması, mahkemelere başvuru yapılması nedeniyle dava sayısının artarak maliyet oluşturmaması, failin sorumluluğunun genişlemesi gibi risklerin göze alınması karşılığında sağlanabilecek somut olay adaleti hesaplanamayacak bir değerdedir.

2. Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Kapsamında Saf Ekonomik Zararların İncelenmesi

A. Hukuka Aykırılık

Sözleşmesel sorumluluk kapsamında talep edilemeyen zararların bulunması halinde, anılan zararların Türk Hukuku'nda haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazmini araştırılmalıdır. Haksız fiil tanımı BK m. 49'da yer almaktadır. Buna göre, haksız fiil sorumluluğunun bulunması için kusur, hukuka aykırılık, zarar ve uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Zarar görenin tazmin talebinin doğabilmesi için öyle bir hakkın zarar görmesi gerekmektedir ki, sadece bir sözleşme kapsamında talep edilebilecek borç menfaati değil, herkese karşı korunan bir hak ihlal edilmiş olsun. Hukuken korunan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir "hak"ta aykırılık söz konusu olmalıdır⁶¹. Haksız fiil sorumluluğunun sınırlarını çizen bu unsur hukuka aykırılıktır.

Hukuka aykırılık unsurunun temel işlevi sorumluluğunu sınırlandırılmasıdır. Günlük yaşamda zarara sebebiyet her bir fiilin haksız fiil teşkil edeceği sonucuna ulaşılsaydı toplum yaşamında gündelik hayatta öngörülemeyen her türlü zararın tazmin edilmesi ve sosyal yaşamın kilitlenmesi söz konusu olurdu. Doktrinde⁶², bu bağın "*sineye çekilmesi gereken bahtsızlık ile hukukun tazmini gereken zararlar arasındaki sınırı*" çizdiği ileri sürülmüştür.

Saf ekonomik menfaatlerin haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazmin edilebilmesi için bulunması gereken unsurlardan bir tanesi ve çalışmamızın

⁶⁰ Gomez/ Ruiz, s. 12.

⁶¹ Hatemi, s. 24. Yargıtay 4. HD., E. 1977/5312, K. 1978/3193, 13.3.1978 (www.kazanci.com); BGE 94 I 642 (www.swisslex.ch).

⁶² Buz, s. 31.

konusunu teşkil eden saf ekonomik zararların tazmin edilebilirliğinin önündeki en büyük engel “*hukuka aykırılık*” unsurudur. Bunun nedeni, saf ekonomik zararların söz konusu olduğu olaylarda kusurun, zararın ve uygun illiyet bağının kurulmasının mümkün olmasına rağmen hukuka aykırılık unsurunun tespitindeki zorluklardır.

BK m. 49 “*hukuka aykırı bir fiille*” zarar verilmesini haksız fiil sorumluluğunun bir unsuru kabul etmiştir ancak hukuka aykırılığın tanımı Kanun’da bulunmamaktadır. Tandoğan⁶³ bu konuda hâkime serbesti veren gelen bir kuralın “*blankettnorm*” un bulunduğu görüşündedir.

Hukuka aykırılık Türk Hukuku’nda genel olarak üç teori kapsamında tanımlanmıştır⁶⁴. Objektif hukuka aykırılık teorisi BK m. 49’da da görünümü bulunan ve ağırlık olarak doktrince kabul edilen görüştür⁶⁵. Buna göre bir davranış kişileri malvarlığı ve şahıs varlığı zarardan korumak amacıyla hukuk düzenin koyduğu, yazılı olan ya da olmayan, herkese hitap eden emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil ediyor ve hukuka uygunluk sebebi bulunmuyor ise hukuka aykırıdır⁶⁶. BK m. 49 hükmü mutlak haklar açısından temel koruma normlarına gönderme yapmaktadır⁶⁷. Türk ve İsviçre medeni sorumluluk hukukunda malvarlığı bir bütün olarak korunmamaktadır⁶⁸. Malvarlığına dahil olan mülkiyet hakkı gibi değerlerin bir bölümü genel koruma normları kapsamındadır. Bunların dışında yer alan malvarlığı hakları ise özel bir koruma normu bulunuyor ise korunmaktadır⁶⁹. Özel koruma normu bulunmayan, çalışmamızda edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri başlığı altında⁷⁰ incelenecek olan örnek sorumluluk şartlarını yerine getirmeyen ve mutlak hak oluşturmeyen malvarlığı değerleri ise korunmamaktadır.

Genel koruma normları kapsamında bir davranış herkese karşı ileri sürülebilen kişilik hakları, aynı haklar ve fikri mülkiyet hakları olarak sınıflan-

⁶³ Tandoğan, s. 17.

⁶⁴ Eren, s. 585 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 472 vd. Hatemi, objektif ve subjektif hukuka aykırılık ayırımına gerek olmadığı görüşündedir. Detaylı açıklama için bkz. Hatemi, s. 27.

⁶⁵ Tandoğan, s. 18; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 476; Oğuzman/ Öz, s. 472; Eren, s. 585.

⁶⁶ Tandoğan, s. 17; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 476.

⁶⁷ Atamer, Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 75.

⁶⁸ Buz, s. 37; Werro, s. 38.

⁶⁹ Buz, s. 37. Akçura Karaman, Classification Societies, s. 131.

⁷⁰ Bkz. III. A.

dırılabilen mutlak hakları ya da hukuken korunan bir menfaati ihlal ediyor ise hukuka aykırılık doğrudan bulunmaktadır⁷¹. Anılan ihlalin kendisi hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadır.

Objektif hukuka aykırılık teorisi kapsamında saf ekonomik menfaatler incelendiğinde, bir mutlak hak söz konusu olmadığı için sonucun hukuka aykırılığından yola çıkılamayacaktır. Hukuk kuralları sadece mutlak hakları korumaktan ibaret değildir, kişilerin şahıs ve malvarlığını mutlak hak bahşetmeksizin koruyan saf davranış kuralları da belli bir davranışın yapılmasını engelleyebilir. Burada yasaklanan mutlak hakka aykırılık değildir belirli bir davranıştır⁷². Eğer davranış mutlak olmayan hakları ihlal ediyor ise ancak bu hakkı koruyan özel bir norm bulunuyor ise hukuka aykırıdır, buna davranışın hukuka aykırılığı adı verilmektedir⁷³.

Saf ekonomik menfaatleri korumaya yönelik özel bir norm bulunuyor ise bu menfaatler korunacak, zarar tazmin edilebilecektir. Bu diğer hakları koruyan normlara “özel koruma normu” adı verilmektedir ve saf ekonomik menfaatlerin korunması çerçevesinde hukuka aykırılık unsurunun kurucu unsurudur⁷⁴. Görüldüğü üzere, malvarlığı zararlarını koruyan genel ve temel bir hüküm bulunmamaktadır; böyle bir hükmün varlığı, hukuka aykırılığın ve haksız fiilin kurucu unsuru olduğu için sorumluluğun tespitinde somut olay özelinde hâkim tarafından değerlendirilecektir.

Ayrıca, hukuka aykırılığın varlığı için çığneden hukuk kuralının koruyucu amacı ile ihlal edilen menfaat arasında hukuka aykırılık bağı bulunmalıdır⁷⁵. Sorumluluğun sınırlandırılmasını amaçlayan hukuka aykırılık bağı, ancak ihlal edilen hukuk normunun kapsamına giren bir zarar bulunuyor ise mevcut kabul edilir; bu şart “normun koruma amacı teorisi” ile incelenmiştir⁷⁶. Bu teoriye göre ihlali yasaklayan normun bir menfaatin ihlalini doğru-

⁷¹ Tandoğan, s. 21.

⁷² Tandoğan, s. 25.

⁷³ Şen Özçelik, s. 427. Akçura Karaman, *Classification Societies*, s. 131. BGE 52 II 376; BGE 53 II 333, BGE 63 II 21f (www.swisslex.ch).

⁷⁴ Atamer, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 26.

⁷⁵ Buz, s. 34.

⁷⁶ Akçura Karaman, *Hukuka Aykırılık*, s. 571; Kurtulan, s. 481. Normun koruma amacı teorisine ilişkin bkz Atamer, *Haksız Fiil Sorumluluğu*, s. 70 vd. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 476; Hatemi, s. 62. Yargıtay 4. HD., E. 1977/5312, K. 1978/3193, 13.3.1978 (www.kazanci.com). Öz, hukuka aykırılık bağının yansıma zararlar açısından

dan yasaklayan bir kural olması gerekmektedir⁷⁷. Örneğin İsviçre’de ithal edilen elektrikli araç ve gereçlerin yetkili makamlarca denetlenmemesi nedeniyle dayanarak yerli satıcılar gelirleri düştüğü için yetkili makamlara karşı dava açmışlardır. Federal Mahkeme, anılan araç ve gereçlerin denetlenmesine ilişkin hükmün amacının halkın sağlığının korunması olduğu ve rekabeti önleme amacı bulunmadığı nedeniyle hükmün koruma amacına girmeyen bu talebi reddetmiştir⁷⁸.

Türk Hukuku’nda TTK m. 44 ve m. 45’te öngörülen haksız rekabet halleri özel koruma normlarına örnek verilebilir. Bu hükümler ile korunan menfaat tacirin saf ekonomik menfaatleridir ve *erga omnes* nitelik taşımalarına, bir sözleşmesel hak teşkil etmemelerine rağmen bu hükümler hukuka aykırılık unsurunu tamamlar ve zarar veren üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir.

Hukuka aykırılık bağına ilişkin bir diğer görüş subjektif hukuka aykırılık teorisidir. Bu görüşte zarar gören haktan ziyade davranışa önem verilmekte, özel bir hakka dayanmayan her türlü zarar verici davranış hukuka aykırı kabul edilmektedir⁷⁹. Objektif hukuka aykırılık teorisinde açıkça yasaklanmayan her davranışa izin verilirken, subjektif hukuka aykırılık teorisinde açıkça müsaade edilmeyen her davranış yasaklanmıştır⁸⁰. Subjektif hukuka aykırılık teorisi normlardan ziyade davranışa odaklandığı için, zarar veren bir davranış yeterli kabul edildiğinden saf ekonomik zararların tazminine yönelik görüşlerin dayanaklarından bir tanesini oluşturmaktadır. Özel bir norm bulunmasa bile davranış ile zarar verildiği için hukuka aykırılık unsuru tamamlanmış kabul edilir.

önem kazandığı, normun koruma amacı teorisinin ise kusursuz sorumluluk hallerinde önem taşıdığı görüşündedir, bkz. **Oğuzman/ Öz**, s. 15, dn. 15.

⁷⁷ **Eren**, s. 595. **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 476. Yargıtay 4. HD., E. 2004/ 10434, K. 2005/4506, T. 28.4.2005. Karar eleştirisi için bkz. Rona **Serozan**, Yargıtay’ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararlarında Göze Batan Hukuksal Yanılgılar ve Bunları Tetikleyen Muhafazakâr İdeoloji”, Güncel Hukuk (https://docs.wixstatic.com/ugd/a6a924_ca44c-723d9ad4663bcc764fd49499a33.pdf) Erişim tarihi: 22.05.2018. Aksi yönde karar Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 4. HD., E. 2014/6538, K. 2015/5839, T. 7.5.2016 (www.kazanci.com).

⁷⁸ BGE 30 II 571 (www.swisslex.ch).

⁷⁹ **Tandoğan**, s. 44.

⁸⁰ **Buz**, s. 34.

Anılan teorilerin yetersiz kaldığını iddia eden bir görüş⁸¹ ise üçüncü hukuka aykırılık teorisidir. Bu teori kanunlarda yer alan, doktrin veya iç-tihatlar tarafından yaratılan özen ve koruma yükümlülükleri gibi davranış yükümlülükleri temeline dayanmakta olup, bunlara aykırılık hukuka aykırılık unsurunu oluşturmaktadır⁸². Üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılık, temelini norm ya da davranış üzerine kurmamakta; genel olarak bulunan davranış yükümlüklerine ve olay özelinde kişiden beklenen özen ve koruma yükümlüğüne dayanmaktadır. Saf ekonomik zararların tazmininin doğrudan reddedilmesinin önüne geçmeye çalışan, objektif bir davranış, özen veya koruma yükümlülüğü bulunan somut olaylarda saf ekonomik zararların tazminine destek veren görüşlerden bir tanesini oluşturmaktadır.

B. Ahlaka Aykırılık

Bir haksız fiil sonucunda zarar gören kişinin mutlak hak kaybı söz konusu ise hukuka aykırılık unsuru tamamlanmış olacağı için, haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarının da var olması kaydıyla BK m. 49/1 uyarınca tazmini mümkündür. Ancak mutlak hak zararı söz konusu değil ise ya da hukuka aykırılık unsuru bulunmuyor ise BK m. 49/2 uyarınca haksız fiil sorumluluğunun oluşması için ahlaka aykırı bir davranış bulunmalıdır.

Ahlaka aykırılığa böyle bir sonuç bağlanmasının nedeni, failin davranışının hukuka aykırı olmaması nedeniyle neden olduğu zararın tazmin edilmemesinin adalet ve hakkaniyete aykırı olmasıdır. Dolayısıyla, bu hüküm sonucunda haksız fiil sorumluluğu sınırları genişletilmekte, ahlaka aykırılık kavramı hukuka aykırılığı tamamlamaktadır⁸³; yetersiz kaldığı noktalarda boşluk doldurmaktadır. Bu nedenle BK m. 49/2 hükmü ikincil nitelikte olup, 1. fıkra kapsamına girmeyen hallerde inceleme konusu yapılmaktadır⁸⁴.

⁸¹ Çağlayan Aksoy, s. 241.

⁸² Şen Özçelik, s. 433.

⁸³ Çağlayan Aksoy, s. 390.

⁸⁴ Oğuzman/ Öz, s. 65. Aksi görüşte Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 13. HD., E. 1991/7217, K. 1991/10901, T. 2.12.1991. Yargıtay 13. HD., E. 1991/8879, K. 1992/645, T. 30.1.1992. Anılan kararlarda Yargıtay borca aykırılığa ilave olarak BK m.49/2'yi uygulamıştır (www.kazanci.com).

Hukuka aykırı olmasa bile ahlaka aykırı bir davranışla kasten zarar verilmiş ise Türk Hukuku'nda bu zararın tazmini haksız fiil sorumluluğu kapsamında mümkündür⁸⁵. Böylece ahlaka aykırılık hukuka aykırılık ile eşit sonuca sebebiyet vermektedir. İsviçre Hukuku'nda ahlaka aykırılık sorumluluğunun uygulanmasının istisnai ve ikincil nitelikte olduğu, hukuka aykırılık kavramının gösterdiği gelişmeler sonucunda uygulanmasının da ciddi bir şekilde azaldığı görüşü bulunmaktadır⁸⁶.

BK m. 49/2 hükmüne ilişkin bazı tespitler yapılması gerekmektedir. Öncelikle, hukuka aykırılığın yazılı olmayan kuralları da kapsadığı kabul edilir ise ikincil nitelikteki BK m. 49/2 hükmünün uygulama alanı çok daralır. Ayrıca, BK m.49/1'de ihmal dahi yeterli iken BK m. 49/2 de kastın aranmasının maddeler arasında bir çelişki yarattığı ve BK m.49/2'nin uygulama alanını daralttığı doktrinde ileri sürülmüştür⁸⁷. Anılan çekincelere rağmen hukuka aykırılığın tespitine ilişkin yukarıda söz edilen zorluklar karşısında, BK m. 49/2 hükmü saf ekonomik zararların tazmininde yararlanılabilen özel bir hükümdür.

Ahlaka aykırılık kavramı ile kişisel olarak ahlak anlayışından ziyade sosyal olarak halkın ahlak anlayışına aykırı fiiller kastedilmektedir⁸⁸. Bir eylem zarar görenin sadece kazanç kaybına neden oluyor ise ve eylem kasten zarar verme amacıyla yapılmış ise ahlaka aykırı kabul edilir⁸⁹. Bu kapsamda kasten gerçekleştirilen nisbi hak ihlallerinin de sözleşme dışı üçüncü kişinin zararının da tazmini talep edilebilir. Ahlaka aykırılık kavramı İsviçre Federal Mahkemesi tarafından “*bir kişinin kendi menfaatlerini gözeterek değil, yalnızca ve birincil olarak başkasını zarara uğratmayı hedefleyen davranışlarda bulunması*” olarak tanımlanmıştır⁹⁰. Örnek olay grupları olarak Türk-İsviçre Hukuku'nda başkasını sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik etme⁹¹,

⁸⁵ İsviçre'de ise özellikle boykot kararlarında anılan hüküm uygulanmıştır. BGE 85 II 489, BGE 82 II 299, BGE 76 II 287, BGE 73 II 76 (www.swisslex.ch).

⁸⁶ Werro, s. 121.

⁸⁷ Tandoğan, s. 29.

⁸⁸ Tandoğan, s. 27.

⁸⁹ Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2017, s. 111.

⁹⁰ Werro, s. 122. BGE 124 III 297 (Çağlayan Aksoy, s. 351, dn. 839).

⁹¹ BGE 52 II 380 E.4. (Çağlayan Aksoy, s. 467, dn. 1246) Yargıtay 4. HD., E. 1986/3849, K. 1986/4732, T. 16.6.1986 (www.kazanci.com).

dava hakkının kötüye kullanılması⁹², ihale sürecinde yapılan anlaşmalar⁹³ ve haklı bir neden olmaksızın sözleşme yapmayı reddetme yer almaktadır⁹⁴.

Bu hüküm hukuka aykırılık bulunmasa bile ahlaka aykırı fiil ile kasten zarar verilmiş ise adalet gereği anılan zararın tazminini mümkün kılar⁹⁵. Ancak her ne kadar hüküm saf ekonomik zararların tazmini konusunda destek olsa da uygulanma şartları ağırdır ve kullanım alanı dardır⁹⁶. Ahlaka aykırılığın kasten olmasının tespiti ve ispatının zorlukları düşünüldüğünde saf ekonomik zararlara yol açan her davranışa ilişkin uygulanmasının mümkün olmadığı açıktır.

Sonuç olarak, I. Bölüm’de yer verilen örnek olaylar incelenecek olursa inşaat şirketinin kusuru nedeniyle sözleşmenin tarafı olmayan X Lokantası’nın işsiz kalması ve kar kaybına uğraması, A’nın kusuru nedeniyle oluşan kazanın sonucunda yaralanan kişinin çalıştığı şirketin yansıma zarara uğraması, A’nın yanlış bilgi içeren reklamları nedeniyle B Şirketi’nin maddi zararının oluşması, A Bankası’nın hatalı görüşü nedeniyle C’nin maddi zararının oluşması hallerinde oluşan saf ekonomik zararların tazmini hukukumuzda zararın doğrudan doğruya zarar gören kişinin dışında meydana gelmesi; sözleşmesel ilişkinin dışında bir kişide meydana gelmesi ya da hukuka aykırılık unsurunun tamamlanmaması nedeniyle mümkün değildir. Özellikle hukuka aykırılık unsurunun yerine gelmesi için, incelendiği üzere Türk Hukuku’nda mutlak bir hakkın zarar görmesi, açık bir norma aykırılık bulunması ya da kasten ahlaka aykırı bir fiille zarar verilmiş olması gerekmektedir. Bu sonuç ise her somut olayda hakkaniyete uygun görünmemektedir.

III. SAF EKONOMİK ZARARLARIN TAZMİNİNE YÖNELİK GÖRÜŞLER

1. Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkileri

Çalışmamızın II. Bölümü’nde değinildiği üzere, objektif hukuka aykırılık teorisi Türk ve İsviçre Hukuku’nda ağırlıklı olarak kabul edilen gö-

⁹² Yargıtay HGK., E.1981/4-56, K. 1982/348, T. 9.4.1982. Yargıtay HGK E. 2001/4-602, K. 2001/680, T.10.10.2001. Yargıtay 4. HD., E. 1989/281, K. 1989/3471, T. 13.4.1989 (www.kazancı.com).

⁹³ BGE 109 II 123 (www.swisslex.ch).

⁹⁴ Örnek olaylara ve detaylı açıklamalara ilişkin bkz. Çağlayan Aksoy, s. 427 vd.

⁹⁵ Tandoğan, s. 27.

⁹⁶ Hatemi/ Gökyayla, s. 112; Hatemi, s. 33; Çağlayan Aksoy, s. 327.

rüştür⁹⁷. Buna göre, saf ekonomik zararların tazmini eğer özel bir koruma normuna aykırılık varsa mümkün olacaktır. Haksız fiil sorumluluğunun bu şekilde daraltılması günümüz sanayi toplumunun, kitlesel üretimin, karmaşık iş bölümünün ve teknolojik gelişmelerin ışığında değerlendirildiğinde yetersiz kalmakta ve hakkaniyete aykırı sonuçlara sebebiyet verebilmektedir⁹⁸.

Sorumluluk hukukun günümüz koşullarına ayak uydurmasını sağlamak amacıyla, sorumluluk sınırlarının zarar görenler lehine genişletilmesi yönünde görüşler ileri sürülmüştür⁹⁹. Türk Hukuku'nda borç ilişkisinin edimlerinin dışında özen ve davranış yükümlülüklerinin bulunduğu, bunların edim ilişkisinden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendirildiği görülmektedir¹⁰⁰. Sorumluluğun genişletilmesi kapsamında, kişiler arasında, bir sözleşme ilişkisinden ve edim ilişkisinden bağımsız olarak sadece sosyal temastan doğan ve koruma ödevlerine dayanan güven ilişkisi bulunan hallerde edim yükümünden bağımsız bir ilişkinin yer aldığı ileri sürülmektedir¹⁰¹.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri başlığı altında incelenen yeni sorumluluk türlerinin dayanağı MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralıdır¹⁰². Bu kapsamda, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, güven sorumluluğu, bilgi vermeden ötürü sorumluluk ve üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşme örnek verilebilir¹⁰³.

⁹⁷ Tandoğan, s. 18; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 476; Oğuzman/ Öz, s. 472; Eren, s. 585, Werro, s. 93.

⁹⁸ Serozan, haksız fillerde geçmişe yönelik sorumluluk düzenlemesinin *status quo*'yu korumak için yetersiz olduğu; özellikle bireylerin geleceğe yönelik beklentilerini, malvarlıklarını arttırma (saf malvarlığı) amaçlarını da koruyamadığı görüşündedir. Bkz. Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İstanbul 2016, s. 253.

⁹⁹ Atamer, Üçüncü Kişi, s. 102 vd.; Eren, s. 42; Hatemi, s. 4; Antalya, s. 132. Buz, söz edilen sorumluluk kaynaklarını hukuka aykırılık engelinin “*by pass*” edilmesinin yolu olarak görmüş; haksız fillerden sözleşme hukuka bir firar olarak nitelendirmiştir, bkz. Buz, s. 41.

¹⁰⁰ Oğuzman/ Öz, s. 13; Eren, s. 42.

¹⁰¹ Detaylı bilgi için bkz. Akçura Karaman, Üreticinin Sorumluluğu, s. 78.

¹⁰² Sorumluluk hukukunun ikili yapısını aşmaya yönelik çabalara ilişkin bkz. Atamer, Üçüncü Kişi, s. 102 vd.

¹⁰³ Tandoğan, s. 16; Oğuzman/ Öz, s. 37; Eren, s. 42; Hatemi, s. 4; Antalya, s. 132; Kocayusufoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 20, s. 254 vd.; Akçura Karaman, Üreticinin Sorumluluğu, s. 22, s. 67; Çağlayan Aksoy, s. 205. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Atamer, Üçüncü Kişi, s. 108 vd.; Nilgün Başalp, “Sözleşmenin Nisbiliği İlkesi ile Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Beraberinde Getir-

Güven sorumluluğu özellikle saf ekonomik zararların tazmini hususunda objektif hukuka aykırılık teorisinin sorumluluk alanını genişleten bir sorumluluk türüdür. Bir hukuki işlemi dışarıdan etkilemiş olan üçüncü kişilerin sorumluluğu olarak tanımlanan güven sorumluluğu, taraflar arasında sözleşmesel ilişki bulunmamasına rağmen yaratılan haklı bir güven bulunuyor ve buna aykırı davranılıyor ise boşa çıkan güven nedeniyle oluşan bir sorumluluk türü olarak kabul edilmekte; sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu arasında yeni bir tür olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Güven sorumluluğun oluşabilmesi için taraflar arasında haksız fiilden öte, tesadüfi olmayan bir yaklaşma olmalı ancak sözleşme kadar sıkı bir ilişkinin bulunması da gerekmemektedir. Bu yaklaşma nedeniyle güven yaratılması ve bu güvenin boşa çıkarılması sorumluluğun nedenini oluşturmaktadır. Hukuka aykırılığı oluşturan unsur yaratılan güvene aykırı davranıştır. Bu yeni sorumluluk anlayışı TTK m. 209'da hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğu hükmünde kendine yere bulmuş; özel bir norm bulunmayan hallerde de İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir¹⁰⁵.

Doktrin görüşleri ve mahkeme kararları kapsamında, sözleşmesel ilişki dışında meydana gelen, haksız fiil unsurlarını barındırmayan bir saf ekonomik zarar bulunuyor ise, taraflar arasında sosyal bir yaklaşmanın varlığı, zarar gören kişi nezdinde buna dayanan bir güvenin oluşması, bu güvene aykırı olarak verilmiş bir zarar bulunuyor ise tazmini mümkün görülmektedir.

Saf ekonomik zararların tazmini konusunda incelenmesi gereken ve güven sorumluluğunun özel bir türünü oluşturan sorumluluk ise bilgi vermeden dolayı sorumluluktur. Buna göre, bilgi talep eden kişinin, almış olduğu

diği Sonuçlar Karşısında Sözleşmenin Üçüncü Kişiy Etkisi; Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etikili Sözleşme Kuramı ile Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisi Hakkında Bazı Değerlendirmeler", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1, İstanbul 2010, s. 466.

¹⁰⁴ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 257; Tuba **Akçura Karaman**, "Güven Sorumluluğu Çerçevesinde Klas Kuruluşlarının Gemiyi Satın Alan Üçüncü Kişiler Karşı Sorumluluğu", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s. 27; **Akçura Karaman, Üreticinin Sorumluluğu**, s. 83; **Antalya**, s. 127. Antalya, güven sorumluluğunun sözleşme benzeri talep doğurucu bir sorumluluk olduğu görüşündedir, bkz. **Antalya**, s. 129.

¹⁰⁵ Yargıtay HGK, E. 2010/9-39, K. 2010/71, T. 10.2.2010; Yargıtay HGK, 2012/19-670, K. 2013/171, T.16.1.2013 (www.kazanci.com). Yargıtay'ın üreticinin sorumluluğuna ilişkin kararları için bkz. **Akçura Karaman, Üreticinin Sorumluluğu**, s. 85, dn. 94.

bilgiye dayanarak yaptığı bir işlem sonucunda uğradığı zararlar sorumluluk kapsamındadır¹⁰⁶. Örneğin, bir ticari işletmenin finansal durumuyla ilgili bankadan, mali müşavirden, bu konuda uzman olduğu kabul edilebilecek bir kişiden aldığı bilgiye dayanarak işlem yapan yapan kişinin bunun sonucunda ekonomik zarara uğraması söz konusu olmaktadır.

Bilgi veren kişiyle bilgiyi alan arasında bir sözleşme yer alıyor ise, sorumluluk bu hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir. Eğer kasten ahlaka aykırı bir şekilde yanlış bilgi verilmiş ise, BK m. 49/2 hükmü kapsamında haksız fiil sorumluluğu unsurları incelenecektir. Ancak kişiler arasında bir sözleşmesel ilişki bulunmuyor ise ve kasten ahlaka aykırı bir fiil de yer almıyor ise, bu fiile karşı bilgi alanı korumaya yönelik özel bir koruma normu hukukumuzda yer almadığı müddetçe objektif hukuka aykırılık teorisi kapsamında bu zararların tazmin edilmesi kural olarak mümkün değildir. Türk Hukuku'nda bilgi vermeden ötürü sorumluluğu düzenleyen özel normlara örnek olarak bilirkişilere ilişkin HMK m. 285 hükmü verilebilir. Bilirkişiler kasten ya da ağır ihmal sonucunda vermiş oldukları raporun gerçeğe aykırı olması suretiyle zarara neden olursa zararın tazmini mümkündür. Bu norm dışında ise bağımsız denetleme kuruluşlarına ilişkin (SPK m. 63) ve yeminli mali müşavirlere (YMMK m. 12) ilişkin hükümler bulunmaktadır. Anılan özel normlar dışında ise oluşan saf ekonomik zararın tazmini mümkün görünmemektedir. Ancak bu sonuç adalet ve hakkaniyete aykırı bir sonuca götürdüğü için alternatif görüşler ortaya çıkmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi¹⁰⁷ bilgi veren kişinin bu konuda uzmanlığı bulunuyor ise, yanlış bilgi veya tavsiyede bulunulmuş ise, bilgiyi talep eden kişi açısından bilginin önemli olduğu aşikâr ise ya da uzunca bir araştırma yapılmaksızın anlaşılabilecek nitelikte ise zararı tazmin etme yükümlülüğü

¹⁰⁶ **Koziol, Continental Lawyer's Perspective**, s. 147. Tandoğan bu konuya ilişkin olarak kendisinden bilgi verilmesi talep edilmeksizin, bir sözleşmeye dayanmaksızın bilgi veren kişinin eksik bilgi vermesi halini dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle bir haksız fiil olarak tanımlamıştır, bkz. **Tandoğan**, s. 16.

¹⁰⁷ BGE 108 II 305, BGE 111 II 474, BGE 116 II 695. Bilgi verenin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun özel koşullarının değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Akçura Karaman, Güven Sorumluluğu**, s. 38 vd. Ayrıca bkz. **Akçura Karaman, Classification Societies**, s. 135 vd. Bilgi vermeden dolayı üçüncü kişiye karşı güven sorumluluğuna ilişkin bkz. BGE 130 III 345 sayılı karar ve detaylı karar incelemesi için bkz. Fatma Zeynep **Altiner**, "Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III 345 No.lu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi", MÜHFD, C. 17, S. 1-2, s. 473 vd.

olduğuna karar vermiştir. Ayrıca bilgi verenin kusurlu olması gerekmektedir¹⁰⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi bilgi vermeden dolayı sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu kapsamında mesleki bir özen yükümlülüğü olarak kabul etmiştir¹⁰⁹. Haksız fiil sorumluluğunu aşırı derecede genişletebilecek bu yorumu sınırlandırmak amacıyla İsviçre’de sorumluluğunun sadece bilgiyi talep eden kişiyle sınırlı olması ve alınan bilgi ile uğranılan zarar arasındaki illiyet bağının çok katı bir şekilde aranması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁰.

Taraflar arasında sözleşmesel ilişki bulunmamasına rağmen oluşan zararların tazminine yönelik bir kurum da üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşmedir. Her borç ilişkisinin alacaklı ve borçlu ile sınırlı olmayan etkiler doğurduğu ve bu etkilerin üçüncü kişilere de sirayet ettiği görüşüne dayalı olan ve kaynağı dürüstlük kuralı olarak bu teoriye göre, sözleşme kurulurken sözleşmenin tarafları, sözleşmenin ihlalinden etkilenebilecek taraf yakınlarının uğrayacağı zararları da tazmin etme yönünde örtülü bir irade uyuşması sağlamaktadır¹¹¹. Buna göre, doğrudan taraf olmayan ancak sözleşmeden zarar gören taraf yakınları ya da sözleşmenin koruma alanı içinde bulunan kişiler de zararları kapsamında sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde korunmaktadır¹¹². Bu müessesenin amacı edimin tehlikesinden etkilenen üçüncü

¹⁰⁸ Eren, s. 1135; Gökçe Kurtulan, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, MÜHFD, C. 23, S. 1, İstanbul 2017, s. 497.

¹⁰⁹ Federal Mahkeme tarafından kabul edilen saf ekonomik zararlara bir başka örnek de kablo davalarıdır. Elektrik, gaz, su gibi halkın kullanımında olan maddelerin dağıtımına yarayan kabloların üçüncü bir kişi tarafından zarar görmesi sonucunda bu hizmetleri alan kişilerin zararı oluşmaktadır. Zarara uğrayan kişi ile zarar veren arasında sözleşmesel bir ilişki bulunması halinde zararların tazmininde sözleşmesel sorumluluk rejimi uygulanacaktır. Ancak aralarında bir ilişki bulunmuyor ise, kabloların sahibi olmayan zarar görenin tazmini ne şekilde mümkün olacaktır. Bu hususu inceleyen Federal Mahkeme, tahrip edilen kablonun zarar gören işletmeye mi yoksa başka bir kişiye mi ait olduğu hususunun tamamen tesadüf olduğu ve malik ile zarar gören kişinin farklı kişiler olması halinde oluşan saf ekonomik zararın tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. BGE 110 II 373, BGE 111 II 473 (www.swisslex.ch).

¹¹⁰ Çağlayan Aksoy, s. 189. Bu konuda edim yükümden bağımsız borç ilişkisi kurulduğu yönünde bkz Akçura Karaman, Üreticinin Sorumluluğu, s. 84 dn. 92.

¹¹¹ Oğuzman/ Öz, s. 443; Eren, s. 1152; Akçura Karaman, Üreticinin Sorumluluğu, s. 67; Başalp, s. 445; Atamer, Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 107.

¹¹² Hatemi, koruma alanının genişletilmesinin, özellikle haksız fiil sorumluluğunun zaman aşımı süresinin geçmesi nedeniyle bu teoriye başvurulmasının sözleşmesel sorumluluğunu endişe verici şekilde genişleteceği görüşündedir, bkz. Hatemi, s. 10.

kişileri farklı hükümlere tabi tutmayarak hakkaniyete aykırı olan mevcut duruma son vermektedir¹¹³. Bir yönüyle koruma yükümlülüklerini sözleşmenin karşı tarafı olmayan kişilere de yayılmasıdır¹¹⁴.

Bu korumanın şartları ise üçüncü kişinin edime yakın olması, üçüncü kişinin korunmasında alacaklının menfaatinin olması, üçüncü kişinin edime yakınlığının ve alacaklının onun korunmasında menfaatini borçlu tarafından öngörülebiliyor olmasıdır¹¹⁵. Bu şartlar yer alıyor ise, üçüncü kişinin hukuki değerlerinde meydana gelen her türlü zarar, mutlak ya da saf ekonomik menfaat olup olmamasına bakılmaksızın korumanın kapsamında kabul edilecektir¹¹⁶.

Saf ekonomik zararların tazmininin hukukumuzda doğrudan mümkün olmaması nedeniyle edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri kapsamında tazmin edilmelerinin mümkün olup olmadığı doktrin görüşleri ve mahkeme kararlarına konu olmuştur. Bu kapsamda, somut olay adaletinin sağlanması açısından bu zararların tazmin edilmesi gereken durumlarda, çeşitli unsurlar öngörülmüş; bunların yerine gelmesi halinde zararların niteliğine bakılmaksızın tazmininin mümkün olacağı ileri sürülmüştür¹¹⁷. Bu görüşler de aslında, saf ekonomik zararların tazmin edilmesinin somut olay adaleti açısından gerekli olduğu hallerin ne kadar çok sayıda olduğunu göstermektedir. Ancak yine de belirtilen sorumluluk rejimlerinin katı şartlar öngörmesi nedeniyle, somut olay adaletinin her olayda sağlanmasının yine de mümkün olmadığı, bu konuda sorumluluk hukukunun eksik olduğu ileri sürülebilecektir.

2. Dürüstlük Kuralının Koruma Normu Olarak Nitelendirilmesi

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri kapsamında saf ekonomik zararların tazmininin mümkün olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Güven sorumluluğunda taraflar arasında bir yakınlaşmanın varlığı, yaratılan ve boşa çıkarılan bir güvenin bulunması gerekmektedir. Bilgi vermeden ötürü sorumluluğun oluşması için ise bilgi veren kişinin bu konuda uzmanlığı bulunmalı, yanlış bilgi paylaşılmış olmalı, bilgiyi talep eden kişi açısından

¹¹³ Akçura Karaman, Güven Sorumluluğu, s. 26.

¹¹⁴ Serozan, s. 255; Altın, s. 488.

¹¹⁵ Altın, s. 489; Atamer, Üçüncü Kişi, s. 103.

¹¹⁶ Atamer, Üçüncü Kişi, s. 120.

¹¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 257; Akçura Karaman, Güven Sorumluluğu, s. 38; Altın, s. 489; Atamer, Üçüncü Kişi, s. 103.

bilginin önemli olduğu anlaşılabilir olmalıdır. Üçüncü kişiyi koruma etkili bir sözleşmenin varlığı için ise üçüncü kişinin edime yakın olması, üçüncü kişinin korunmasında alacaklının menfaatinin olması, üçüncü kişinin edime yakınlığının ve alacaklının onun korunmasında menfaatini borçlu tarafından öngörülebilir olması aranmaktadır. Doktrin ve yargı kararları ile belirlenmiş olan bu şartların bulunmaması halinde ise, saf ekonomik zararların edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi kapsamında da tazmin edilmesi mümkün olmayacaktır. Temeli dürüstlük kuralı olan bu sorumluluk türleri dışında, başlı başına MK m. 2'ye aykırılığın bulunması hali ise ayrı bir değerlendirme konusu teşkil etmektedir. Anılan şartları içermeyen bir ilişkide sadece dürüstlük kuralına aykırı davranılması saf ekonomik zararların tazmini için yeterli olacak mıdır?

Dürüstlük kuralı bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde uyulması gereken bir kural olup MK m. 2/1'de düzenlenmiştir. Bu kural, namuslu, dürüst ve makul bir insandan beklenen davranış şeklini ifade etmekte olup toplumun genel ahlak kuralları ve adetlerine göre tespit edilmektedir¹¹⁸. Bu kuralın koruma normu olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş¹¹⁹ dürüstlük kuralının bir koruma normu olarak kabul edilmesi için taraflar arasında özel bir ilişkinin, sosyal temasın gerekli olduğu yönündedir. Dolayısıyla edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerinde belirtilen şartların var olması halinde MK m. 2 bir dayanak teşkil edecek; bunun dışında ise bir koruma normu olarak kabul edilmeyecektir. Bu yönüyle, haksız fillerde tarafların arasındaki ilişkinin rastlantısal olması nedeniyle tek başına MK m. 2'ye aykırılığın bir temel normun ihlali anlamına gelmeyeceği ileri sürülmektedir. Bu görüş kapsamında, edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri kapsamı dışında bir saf ekonomik zararın söz konusu olması halinde MK m. 2'ye aykırılık hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bir diğer görüş¹²⁰, sosyal temas olsun olmasın dürüstlük kuralının bağımsız bir koruma normu olmadığı yönündedir. Bu görüşe göre dürüstlük

¹¹⁸ Oğuzman/ Barlas, s. 264.

¹¹⁹ Çağlayan Aksoy, s.201, s. 400; Kurtulan s. 498; Buz s. 42. BGE 121 III 354 (www.swiss-lex.ch).

¹²⁰ Antalya, s.436. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 263 dn. 413. Haksız fiil hükümlerinin yetersizliği nedeniyle kullanılan bir hüküm olduğu yönünde Serozan, s. 253. İsviçre Hukuku'nda detaylı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 400 vd.

kuralının bağımsız bir yükümlülük getirmediği; hukukun uygulanmasında rol alan bir kural olduğu, bu nedenle tek başına haksız fiil teşkil etmeyeceği ileri sürülmektedir. Maddenin yazılış şeklinin de somut hak ve yükümlülükleri içerecek şekilde kaleme alınmasının bağımsız bir yükümlülükten ziyade hukukun uygulanması kuralı yarattığı ileri sürülmektedir¹²¹. Dolayısıyla dürüstlük kuralı saf ekonomik zararların tazmini için bir koruma normu olarak kullanılamayacaktır.

Anılan görüşün dayandığı bir diğer nokta, dürüstlük kuralının başlı başına bir norm olarak kabul edilmesinin sorumluluk sınırlarını aşırı derece genişletmesinden kaynaklanmaktadır¹²². Eğer bir kişi hiçbir özel ilişki içinde olmadığı üçüncü kişinin menfaatlerini ve haklarını dürüstlük kuralı çerçevesinde düşünme yükümlülüğü altında bırakılırsa sosyal hayattaki hareket imkânı kısıtlanacaktır. Bu nedenle dürüstlük kuralının sadece aralarında bir ilişki olan taraflar arasında uygulanması ile sınırlanması gerekmektedir.

İsviçre Hukuku'nda¹²³ dürüstlük kuralına aykırılığın BK m. 49/2 fıkra-sının uygulama alanlarından biri olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre başlı başına bir koruma normu teşkil etmeyen dürüstlük kuralı ancak ahlaka aykırılık bulunuyor ise haksız fiil sorumluluğuna yol açacaktır. Bu görüşe göre, MK m. 2 tek başına bir koruma normu sayılamayacağı için saf ekonomik zararların tazmini için bir temel oluşturamaz; rastlantı sonucu bir araya gelmiş kişiler arasında tazmin talebi için yeterli bir hüküm sayılamaz. Temelini dürüstlük kuralının oluşturduğu ancak oluşma şartlarının sınırlı ve katı uygulandığı BK m. 49/2 şartları oluşmuş ise ve dürüstlük kuralına aykırılık ahlaka aykırılık mertebesine erişmiş ise bu hükmün kapsamında tazmin talep edilmesi mümkün olacaktır¹²⁴.

Bununla bağlantılı bir diğer dayanak da MK m. 2'nin başlı başına bir koruma normu olarak kabul edilmesi halinde BK m. 49/2'nin uygulama alanı kalmayacağı ve hükmün anlamsız olacağıdır¹²⁵. Gerçekten, tek başına MK

¹²¹ **Antalya**, s. 436. **Eren** ise, dürüstlük kuralına aykırılığın hukuka aykırılık teşkil eden yazılı olmayan davranış kurallarının ihlaline sebep olacağı görüşündedir, bkz. **Eren**, s. 589. Dürüstlük kuralının tüm hukuk kurallarının üzerinde bir üst-ilke olduğu yönünde bkz. **Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 5.

¹²² **Çağlayan Aksoy**, s. 400.

¹²³ **Werro**, s. 122.

¹²⁴ **Antalya**, s. 436.

¹²⁵ **Çağlayan Aksoy**, s. 403.

m. 2'nin koruma normu kabul edilmesi halinde, oluşan saf ekonomik zararların tazmini için hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilecektir. Bu ihtimalde ise hem ahlaka aykırılık unsurunun hem de kastın ayrıca aranmasına gerek kalmayacaktır. Gerçekten, dürüstlük kuralına aykırı her davranış ahlaka aykırılık teşkil etmemekte olup, bunun kabul edilmesi halinde uygulama şartları daha katı ve sıkı olan BK m. 49/2 hükmünün anlamı kalmayacaktır.

Aksi görüşte olan yazarlar¹²⁶ ise dürüstlük kuralının hukukun uygulanmasında yararlanılan bir kuraldan ziyade başlı başına bir koruma normu teşkil ettiği ve aykırılığın haksız fiil sorumluluğuna yol açtığı görüşündedir. Bu görüş taraflarına göre, hükmün yazılışında sadece sözleşmesel ilişkiler ile sınırlı bir kural olduğu anlaşılmamaktadır. Bu görüşe göre dürüstlük kuralı da yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve mülkiyet hakkı gibi temel bir koruma normudur. Dolayısıyla bu kurala aykırılık başlı başına hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Hukuka aykırılık unsurunun bulunması halinde hangi zararın tazmin edileceğinin bir önemi kalmamakta; saf ekonomik zararlar da aynı mutlak haklara verilen zarar gibi korunma mertebesine erişmiş olacaktır¹²⁷. Ayrıca, bu kapsamda, haklar arasında bir fark bulunmayacak, her türlü hakkın ihlali haksız fiil sorumluluğu kapsamına girecektir.

Bu görüş tarafları tarafından yeni gelişen ihtiyaçları da içerecek şekilde kaleme alınan İsviçre Ön Tasarısı¹²⁸ ("Tasarı") dürüstlük kuralını hukuka aykırılık başlıklı 46. maddesinde bir koruma normu olarak kabul etmiştir. Hüküm hukuka aykırılığı "*bir kişinin hukuk düzeninin emir ve yasaklarına, doğruluk ve dürüstlük kuralına veya sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davranışından kaynaklanan zarar*" olarak tanımlamıştır. Görüldüğü üzere, doktrin ve mahkeme kararlarının da dikkate alınarak hazırlanan ve yeni ge-

¹²⁶ Oğuzman/Öz, C.2, s.21.; Eren, s. 589. Yargıtay HGK, E. 2002/5-338, K. 2002/386, T. 8.5.2002; Yargıtay HGK, E. 1964/2-953, K. 1964/640, T. 4.11.1964; Yargıtay 10. HD, E. 2010/16564, K. 2011/3321, T. 14.03.2011 (www.kazanci.com). Bu konuda İsviçre Hukuku'ndaki görüşler için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 406 vd.

¹²⁷ Kurtulan, s. 498.

¹²⁸ İsviçre'de özellikle tehlike sorumluluğu, ürün sorumluluğu, zamanaşımı gibi konularda revizyon yapılması amacıyla 1988 yılında Federal Adalet ve Polid Departmanı tarafından Sorumluluk Hukukunun Tümüyle Revizyonu için Çalışma Komisyonu kurulmuştur. 1995 yılında Pierre Widmer ve Pierre Wesner başkanlığında Sorumluluk Hukuku'nun Revizyonu ve Yeknesak Hale Getirilmesine Yönelik Ön Tasarı hazırlanmış 30 Nisan 2001'de sona ermiş ancak 21.1.2009 tarihinde hükümlerde uzlaşa sağlanamaması ve gelişmeleri dikkate almadığı gerekçesi ile kadük olmuştur.

lişmelere sorumluluk rejiminin cevap vermesini amaçlayan Tasarı da dürüstlük kuralını açıkça bir koruma normu olarak düzenlemiştir. Her ne kadar anılan Tasarı kadük olmuş olsa da sorumluluk hukuku kapsamında böyle bir düzenlemeye olan ihtiyacı ve bu alandaki doktrinel gelişmeleri yansıtmaması nedeniyle görmezden gelinemeyecek bir bakış açıdır.

Bu görüşe paralel olarak, Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de dürüstlük kuralının davranış normu olduğu ve buna aykırılığın hukuka aykırılık teşkil ettiği sonucuna vardığı kararları bulunmaktadır¹²⁹. Anılan kararlara göre, dürüstlük kuralı sadece sözleşmesel ilişkiler ile sınırlı olmayan temel bir hukuk kuralıdır¹³⁰.

Haksız fiil sorumluluğunun çerçevesinin dar geldiği günümüz dünyasında sınırların genişletilmesi ihtiyacı dürüstlük kuralı ile karşılanmaya çalışılmaktadır. Gerek dürüstlük kuralını temel alan ve belli şartlar dahilinde başvurulmuş edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri, gerek dürüstlük kuralının başlı başına bir koruma normu kabul edilmesi yönündeki görüşler haksız fiil sorumluluğunun yetersizliğini açıkça göstermektedir¹³¹.

Her ne kadar ara rejimler ve yeni sorumluluk kaynakları bu eksikliği gidermeye çalışsa da her olaya uygun bir norm ya da kural yaratılmasının imkansızlığı düşünüldüğünde, bu ihtiyaca cevap verecek genel bir anlayışın rejimin bulunması gerektiği ileri sürülebilir. Hatta bu görüş kapsamında, İsviçre yeni sorumluluk rejiminde saf ekonomik zararların tazminini haklı bir şekilde açıkça düzenlemiştir. Haksız fiillerde saf ekonomik zararların tazmininin teknik hukuk bağlamında zorluğu, edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri kapsamında zaten kabul edilen dürüstlük kuralının başlı başına bir koruma normu olarak kabul edilmesi saf ekonomik zararların tazmininde de önemli bir yer tutmaktadır. Böylece, hukuka aykırılık unsuru tamamlanmış olacak; ayrıca kasıt ve ahlaka aykırılık aranmaksızın ihtiyaç doğrultusunda somut olayda hakim tarafından kullanılabilir. Ancak her türlü iddianın bu kapsamda yer alması düşünülmemeli; dürüstlük kuralının özelliğinde

¹²⁹ BGE128 III 201, BGE 122 II 193, BGE 119 Ia 221 (www.swisslex.ch). Yargıtay HGK., 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.1.2013. Yargıtay HGK 19-559/ 546, T. 3.11.2010. Yargıtay HGK., 11-59/271, T. 4.5.201 (www.kazancı.com).

¹³⁰ **Oğuzman/ Barlas**, s. 265.

¹³¹ Ekonomik olarak zararların tazmininin gerekli olduğu yönünde analizler için bkz. **Bussani/ Palmer/ Parisi**, s. 113 vd.; **Kozioł, Recovery for Economic Loss**, s. 871 vd.

kaynaklandığı üzere, karşılaşılan her meselede bu husustaki hükümleri bir tarafa iterek sorunu dürüstlük kuralı ile çözme çabası hukuki güvenliği ortadan kaldıracak için¹³², istisnai olarak yararlanabilecek bir koruma normu olarak hâkim tarafından değerlendirilmeli ve somut olay özelinde bu kurala başvuru yapılması engellenmemelidir.

SONUÇ

Bir mutlak hakkın uğradığı zarardan bağımsız olarak, kişinin malvarlığında doğrudan doğruya oluşan ve maddi zarar türü olan saf ekonomik zararların sözleşmesel sorumluluk kapsamında tazmin edilmesi hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Hatta sözleşmeler hukukunun başlıca amacının saf ekonomik menfaatlerin yaratılması, korunması ve ileri sürülmesi olduğu söylenebilecektir. Ancak haksız fiil sorumluluğu kapsamında konu tartışmalıdır.

Tartışmalı olmasının temelinde yer alan çekinceler incelendiğinde, saf ekonomik menfaatlerin haklar hiyerarşisinde mutlak ve nisbi haklardan sonra gelmesi, onların herkese karşı ileri sürülemeyen menfaatler olmaları nedeniyle gerçek bir korumayı hak etmediği; insan yaşamı, insan sağlığı, mülkiyet hakkı gibi değerli bir hak yaratmadığı görüşü yer almaktadır. Ancak günümüzde hakların genel bir hiyerarşiye tabi tutulmasının somut olay adaletini sağlamakta yetersiz kaldığı; saf ekonomik menfaatlerin öneminin gittikçe arttığı bu dönemde kişi özelinde inceleme yapılması halinde bu menfaatlerin bazı mutlak hakların bile önüne geçtiği söylenebilecektir.

Bir diğer neden, tarihsel olarak haksız fiil sorumluluğunun bu gelenek doğrultusunda geliştiği ve kanunlaştığı yönündedir. Ancak bazı yazarlar, Roma Hukuku'ndan günümüze saf ekonomik zararların gelişimini incelediğinde, zarar kalemleri arasında bir ayırım bulunmadığını; malvarlığında oluşan her türlü azalmanın talep edilmesinin önünde bir engel olmadığını; bu dayanağın hatalı bir tarihsel yorum olduğunu ileri sürmektedir.

Sıklıkla ileri sürülen bir diğer neden ise saf ekonomik zararların tazmininin kabul edilmesi halinde sel gibi yağacak taleplerle karşı karşıya kalınmasıdır. Bu görüşe göre, sorumluluk “floodgate” ile sınırlandırılmazsa gerek mahkemelerin iş yoğunluğu gerek failin sorumluluğunun kişiler ve miktar

¹³² Oğuzman/ Barlas, s. 319.

bakımından öngörülemez oluşu nedeniyle toplum hayatı etkilenecektir. Bu görüşün haklı yanları bulunmasına rağmen, somut olay adaleti sağlanması amacıyla bu risklerin göz önüne alınması gerekmekte; sırf pragmatik bir amaçla kişilerin uğradığı zarara katlanmalarını beklemek hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratmaktadır.

Teknik hukuk açısından haksız fiilin unsurları incelendiğinde, saf ekonomik zararlar bağlamında hukuka aykırılık bağının en zorlu unsur olduğu görülmektedir. Hukukumuzda genel kabul gören görüş olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre zarar veren davranışın yazılı veya yazılı olmayan normlara aykırı olması gerekmektedir. Bu noktada zarar gören hakkın niteliği önem taşımaktadır çünkü mutlak haklara ilişkin olarak ayrıca bir norma aykırılık aranmayacak; bu hakka aykırılık *per se* hukuka aykırılığı teşkil edecektir. Ancak mutlak hak dışında bir hakka zarar verilmesi halinde ayrıca bir norma aykırılık ve zarar gören menfaatin bu normun koruma amacı içinde bulunması aranacaktır.

Anılan şartlar saf ekonomik zararların tazmini bağlamında incelendiğinde, bu hususta öngörülen koruma normlarının sayısının azlığı fark edilmektedir. Her davranış için böyle bir norm yaratılmasının güçlüğü düşünüldüğünde, bu unsurun eksikliği nedeniyle saf ekonomik menfaatleri zarar gören kişilerin haksız fiil sorumluluğuna başvurmaları mümkün olmamakta; bu sonuç ise günümüzde saf ekonomik menfaatlerin önemi karşısında hakkaniyete aykırı sonuçlara sebebiyet vermektedir.

Günümüz sosyal hayatında saf ekonomik menfaatlerin görmezden gelinememesi sonucunda alternatif kuramlar ortaya atılmıştır. Dürüstlük kuralını temel alan bu görüşler edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri yaratmakta; belli şartlar dahilinde saf ekonomik zararların tazminine imkân vermektedir. Bu şartların bulunmadığı hallerde ise, dürüstlük kuralının bir koruma normu olup olmadığı tartışılmakta; halen görüş birliğine varılamamaktadır. Her olay özelinde koruma normu yaratılmasının imkansızlığı karşısında dürüstlük kuralının somut olay özelinde istisnaen koruma normu olarak değerlendirilmesi düşünülebilecektir.

J. Spier ve **O. Hazeen**'in de ileri sürdüğü gibi, “*neticede, haksız fiil hukukunun amacı hatalı fiiller sonucunda oluşan zararın tazmin edilmesidir. Bu amaç saf ekonomik zararlar hususunda neden farklı olsun?*”¹³³

¹³³ Koziol, *Continental Lawyer's Perspective*, s. 143.

KAYNAKÇA

- AKÇURA KARAMAN, Tuba, “Comparative Study on the Liability of Classification Societies to Third Party Purchasers with References to Turkish, Swiss, German and Us Law”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, 42, 2011, s. 125- 158. (Akçura Karaman, **Classification Societies**)
- AKÇURA KARAMAN, Tuba, “Güven Sorumluluğu Çerçevesinde Klas Kuruluşlarının Gemiyi Satın Alan Üçüncü Kişiler Karşı Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, İstanbul 2010, s. 3-53. (Akçura Karaman, **Güven Sorumluluğu**)
- AKÇURA KARAMAN, Tuba, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, **GSÜHFD**, Yıl: 3, S. 1, İstanbul 2004, s. 553-583. (Akçura Karaman, **Hukuka Aykırılık**)
- AKÇURA KARAMAN, Tuba, **Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, İstanbul 2008. (Akçura Karaman, **Üreticinin Sorumluluğu**)
- ALTINER, Fatma Zeynep, “Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III 345 No.lu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi”, **MÜHFD**, C. 17, S. 1-2, s. 473- 496.
- ANTALYA, Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2012.
- ATAMER, Yeşim, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, İstanbul 1996. (Atamer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**)
- ATAMER, Yeşim, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, **Yargıtay Dergisi**, C. 22, S. 1-2, Ankara 1996, s. 99-132. (Atamer, **Üçüncü Kişi**)
- BAŞALP, Nilgün, “Sözleşmenin Nisbiligi İlkesi ile Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Beraberinde Getirdiği Sonuçlar Karşısında Sözleşmenin Üçüncü Kişiye Etkisi; Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kuramı ile Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisi Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C.1, İstanbul 2010, s.441-472.
- BUSSANI, Mauro/ PALMER, Vernon Valentine/ PARISI, Francesco, “Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement”, 51, **American Journal of Comparative Law**, 2003, s. 113-162.

BUZ, Vedat, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, 29, **BATİDER**, 2013, s. 19-57.

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, İstanbul 2016.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2015.

GOMEZ, Fernando/ RUIZ, Juan Antonio, “The Plural -and Misleading- Notion of Economic Loss in Tort: A Law and Economics Perspective”, **InDret**, 4, 2002, s. 2-28.

GUYAZ, Alezandre/ EIGENMANN, Muriel Vautier, “Le Dommage Purement Economique”, **Colloque du Droit de la Responsabilité Civile 2013**, ed.Franz Werro, Pascal Pichonnaz, 2013, s. 218-242.

HATEMİ, Hüseyin, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, İstanbul 1998.

HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2017.

KARAKAŞ, Fatma Tülay/ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”, 23, **BATİDER**, 2006, s. 157-181.

KOZIOL, Helmut, “Compensation for Pure Economic Loss From a Continental Lawyer’s Perspective”, **Pure Economic Loss**, Viyana 2004, s. 141-161. (Koziol, **Continental Lawyer’s Perspective**)

KOZIOL, Helmut, “Recovery for Economic Loss in the European Union”, **Arizona Law Review**, Vol. 48, 2006, s. 871-895. (Koziol, **Recovery for Economic Loss**)

KURTULAN, Gökçe “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, **MÜHFD**, C. 23, S. 1, İstanbul 2017, s. 465-503.

MACGRATH, Michael, “The Recovery of Pure Economic Loss in Negligence- An Emerging Dichotomy”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 5, No. 3, 1985, s. 350-377.

NOMER, Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2013.

OMODEI-SALE, Riccardo/ ZACCARIA, Alessio, “Compensation for Pure Economic Loss Under Italian Law”, **Pure Economic Loss**, Viyana 2004, s. 48-55.

OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul 2016.

- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016.
- ÖZDEN, Selin, “Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları”, 26, **BATİDER**, 2010, s. 89-125.
- RADE, Christophe/ BLOCH, Laurent, “Compensation for pure Economic Loss Under French Law”, **Pure Economic Loss**, Viyana, 2004, s. 41-47.
- RIZZO, Mario J., “A Theory of Economic Loss in the Law of Torts”, **Journal of Legal Studies**, Vol. XI, 1982, s. 281-310. (Rizzo, **Theory of Economic Loss**)
- RIZZO, Mario J., “The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 2, 1982, s. 197-206. (Rizzo, **A Comment on Bishop**)
- SANLI, Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, İstanbul 2007.
- SEROZAN, Rona, “Yargıtay’ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararlarında Göze Batan Hukuksal Yanılgılar ve Bunları Tetikleyen Muhafazakâr İdeoloji”, **Güncel Hukuk**, s. 36-40.
- SEROZAN, Rona, **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C.3, İstanbul 2016.
- ŞEN ÖZÇELİK, Nesli, “Salt Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Tazmin Edilebilirliği”, **Sorumluluk Hukuku Seminerler**, İstanbul 2016, s. 413-443.
- TANDOĞAN, Halûk, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, İstanbul 2010.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993.
- VAN BOOM, Willian, “Pure Economic Loss: A Comparative Perspective”, **Pure Economic Loss**, Viyana 2004, s. 1-40.
- WERRO, Franz, **La Responsabilité Civile**, Berne 2011.
- WITTING, Christian, “Compensation for Pure Economic Loss From a Common Lawyer’s Perspective”, **Pure Economic Loss**, Viyana 2004, s. 102-140.
- www.kazanci.com. (Erişim tarihi: 22.06.2018)
- www.swisslex.ch. (Erişim tarihi: 22.06.2018)